

L'Exécution des Conventions immorales

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 9 Mai 1938, à 14 heures

PAR

Joseph GROSPIRON

rue Cyprien-Desgroux, BEAUVAIS (Oise)

JURY

Président : M. SOLUS

Suffragants { M. CASSIN
 { M. NIBOYET

BEAUVAIS

IMPRIMERIE DÉPARTEMENTALE DE L'OISE

26, rue de Malherbe

—
1938

L'Exécution des Conventions immorales

L'Exécution des Conventions immorales

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 9 Mai 1938, à 14 heures

PAR

Joseph GROSPIRON

rue Cyprien-Desgroux, BEAUVAIS (Oise)

JURY

Président : M. SOLUS

Suffragants { M. CASSIN
 { M. NIBOYET

BEAUVAIS

IMPRIMERIE DÉPARTEMENTALE DE L'OISE

26, rue de Malherbe

1938

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



A MON PÈRE ET A MA MÈRE

1907
F. D. 1115. 1907

PLAN

	PAGES
INTRODUCTION	9
I ^{re} PARTIE. — Questions préliminaires	10
CHAPITRE I. — <i>Section I.</i> — La morale et le droit ..	10
<i>Section II.</i> .. La compénétration est-elle sou-	
haitable	16
<i>Section III.</i> — Pourquoi faut-il deux blocs	
séparés	17
CHAPITRE II. — La notion de cause de but et de	
motif	19
II ^e PARTIE. — Obstacles opposés par la loi à l'exécu-	
tion des obligations immorales	24
CHAPITRE I. — Les textes	25
<i>Section I.</i> — Les articles 6, 1131, 1133	25
<i>Section II.</i> — Les conditions immorales, arti-	
cle 1172	35
<i>Section III.</i> — Les conditions anormales, arti-	
cle 900	35
CHAPITRE II. — La jurisprudence. Pouvoirs des tri-	
bunaux	40
<i>Section I.</i> — Application par la jurisprudence	40
<i>Section II.</i> — L'état d'indignité. Le refus d'ac-	
cès au prétoire	43
<i>Section III.</i> — Qui contrôle la moralité ?	46
<i>Section IV.</i> — Critérium d'appréciation	47
<i>Section V.</i> — Position des tiers	48

	PAGES
III ^e PARTIE. — La suppression des effets obtenus	51
CHAPITRE I. — Qu'est-ce que la règle <i>Nemo audi-</i> <i>tur</i>	54
Section I. — Historique	55
Section II. — Le code civil et l'adage	57
Section III. — Les articles 1235 et 1967	59
Section IV. — L'adage est-il nécessaire ?	61
Section V. — L'adage est-il un remède préven- tif efficace ?	67
Section VI. — La jurisprudence	68
CHAPITRE II. — Comment faut-il répéter ?	75
CHAPITRE III. — Les législations étrangères	87
IV ^e PARTIE. — Droits qui survivent à la nullité	91
CHAPITRE I. — Obligations naturelles et imparfaites	92
CHAPITRE II. — Les dommages et intérêts	106
Qui est compétent pour apprécier l'obligation d'exécuter ou de s'abstenir ?	111
CONCLUSION	113

L'EXÉCUTION DES CONVENTIONS IMMORALES

INTRODUCTION

Indication du sujet

L'article 1134 du Code civil dit que : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Cette disposition, qui a pour but de protéger les contractants contre les incertitudes des législations changeantes et la fantaisie des signataires, assure la force et la permanence des contrats. Mais ce grand principe ne saurait être applicable, s'il n'était « humanisé » par de nombreuses exceptions (1). Au surplus, il ne faut pas l'isoler des autres textes qui en limitent la portée. Or, le législateur a toujours reconnu la nécessité de faire à la notion de moralité la place qui lui revient. Il faut donc admettre que les conventions particulières ne seront pas « légalement formées » si elles sont contraires à la morale ou aux bonnes mœurs.

La question se pose de savoir si des conventions immorales peuvent être exécutées, soit volontairement, soit par contrainte, et si, par ailleurs, l'exécution d'une telle convention peut être « rapportée » et dans quelles limites.

Le but de cette thèse est d'étudier ces différents points.

(1) Cf. *Rec hebdo Dalloz*, 10 juin 1937, un ordre juridique nouveau, M. JOSSEMAND note : le Crépuscule de la force obligatoire des contrats et de leur permanence.

PREMIÈRE PARTIE

ÉTUDE DES QUESTIONS PRÉLIMINAIRES

Nous nous proposons dans cette première partie d'étudier les divers éléments en présence : le Droit (codes, droit naturel, droit religieux), et la Morale (la morale et les bonnes mœurs).

Nous rechercherons si la compénétration de ces éléments est souhaitable, et si, tout en admettant cette compénétration, il n'est pas nécessaire de maintenir deux blocs séparés.

D'autre part, et en fonction du sujet que nous étudions, nous traiterons de la notion de cause, de but et de motif.

CHAPITRE PREMIER

Section I

La morale et le droit

Le droit positif

Les Romains disaient : *Non omne quod licet honestum est.*

Cette affirmation soulève l'inépuisable question de la compénétration du droit et de la morale. La loi doit-

elle interdire toute ce que la morale réprouve et doit-elle être plus stricte ou plus large ? D'autre part, la morale doit-elle inspirer le droit, au besoin peut-être le dominer ?

L'étude des différents aspects de ces questions soulève des discussions que nous ne pourrons solutionner qu'après avoir étudié le divers éléments en présence.

Mais, dira-t-on, les lois sont des textes précis, elles sont l'expression écrite formelle et indiscutable du « Droit » et le droit est lui-même le grand tout de l'organisation sociale.

Nous estimons, au contraire, que le droit n'est pas tout ; en admettant que le droit soit écrit dans les codes, nous sommes obligés de constater qu'on ne l'y trouve pas tout entier.

Quels sont donc ces éléments extérieurs aux textes ?

Le droit naturel

Il y a tout d'abord le droit naturel. Il faut entendre par là que la suppression des textes ne laisserait pas le monde sans « règle » et sans organisation.

L'étude des civilisations, depuis la création du monde, le montre bien. Le sociologue et l'historien sont à même de constater que, dès son apparition sur terre, l'homme a compris qu'il ne pouvait vivre individuellement. Il a senti, par opposition aux forces organisées de la nature, qu'il lui était nécessaire d'organiser, lui aussi, ses possibilités. Les premières règles sont parties de là, et si le droit écrit n'est pas né dès l'origine, le droit lui-même a toujours progressé avec le développement des familles, des clans, des tribus. Parallèlement à cette organisation sociale embryonnaire, la notion de

la valeur individuelle prenait corps. Au fur et à mesure que se précisait la notion et les règles d'interdépendance des individus, s'établissaient des principes vagues d'abord puis précis, limitant les droits et les devoirs de chacun. Le monde se rendait compte inconsciemment que l'organisation avait pour but non pas la société, mais bien les individus dont elle était composée (1). C'est cela le droit naturel que l'on pourrait appeler l'instinct social de l'homme. On peut retirer les textes qui sont les règles d'une société conçue selon une théorie déterminée (communisme, libéralisme, etc.), il restera toujours vrai que les individus vivent ensemble et que cette cohabitation nécessite l'entente. Pour que la vie commune soit possible, il faut indiscutablement que les rapports soient organisés.

Or, le droit naturel instinctif subsiste actuellement, il suffit de lire superficiellement nos codes pour s'apercevoir que les tribunaux ont bien souvent pour seule mission de statuer « en équité ». Quel est le sens de cette expression sinon que la loi laisse au reflexe humain le soin de trancher des litiges ?

Faut-il admettre cependant que le droit naturel est l'ensemble des règles qu'il est souhaitable de voir transformer en lois (2) ? Il est important pour notre étude de bien fixer ce point, car il est bien certain que la loi

(1) Cf. MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, livre I, chap. I. « Avant qu'il y ait des lois faites, il y avait des rapports de justice possibles. »

KANT, *Fondement de la métaphysique des mœurs*, trad. BARNI, p. 26. « Je dois toujours agir de telle sorte que je puisse vouloir que ma maxime devienne une loi universelle. »

Cf. *Sur l'idée de droit naturel confondu avec la justice et l'équité*. (SALEILLES, *Rev. trim. D. C.* 1912, p. 80. GENY, *Science et Technique*, t. 2. L'irréductible droit naturel.

(2) OUDOT, *Premiers essais de philosophie du droit*.

omettant de considérer une situation donnée, c'est au droit naturel qu'il faut faire appel. Nous ne croyons pas à la similitude du droit naturel et de l'idéal (3). Dès que l'on prononce ce dernier mot, on est obligé de tenir compte de l'infinie variété des conceptions personnelles. Chacun place son idéal où il le veut et c'est assurément ce qui fait la valeur de l'homme. Or, le droit naturel est précisément ce qu'il y a de plus stable et de plus généralement admis, c'est la base commune qui s'impose à la loi et qui la soutient.

Le droit religieux

Il faut donc laisser l'idéal à sa place. Ce qui ne veut pas dire qu'il faille méconnaître son importance qui est capitale, c'est ce qui amène à parler de la notion de « droit religieux ».

Rappelons à ce sujet la conception commune aux philosophes anciens (4) qui opposent les lois divines, immuables et si fortes qu'aucun texte n'est nécessaire pour les faire connaître, aux lois humaines imprégnées de contrainte plus que de force personnelle. Le droit religieux n'est pas exactement cela, il faut plutôt le comprendre comme une adaptation d'un idéal religieux à l'humanité.

Le droit religieux qui eut son apogée au XIII^e siècle n'intéresse plus maintenant, si l'on parle uniquement de la valeur obligatoire de ses prescriptions, que les adeptes d'une religion déterminée (exemple : le droit

(3) PLANIOL et RIPERT. *Traité élémentaire D. C.*, t. I, introduction.

(4) SOPHOCLE (*Antigone*), PLATON (*Les lois*), ARISTOTE (*Ethique et politique*).

canonique pour les catholiques). Il n'en est pas moins vrai que le droit canonique a marqué de sa vigoureuse empreinte certaines dispositions de notre législation. Il convient également de reconnaître que, maintenant encore, sa place est grande, puisqu'il constitue un idéal suivi par une masse importante.

En ce qui concerne la question que nous étudions, le droit et l'idéal religieux sont encore le plus efficace des remèdes préventifs. L'idée de la faute et du péché qui constituent des taches purement personnelles, même s'ils sont commis sans conséquence pour autrui, est assurément la plus forte garantie d'intégrité morale. La dignité de l'homme vue en elle-même est heureusement ignorée par le Code, cela n'empêche pas qu'elle doit l'inspirer.

La morale et les bonnes mœurs

Le droit naturel et le droit religieux sont donc les liens qui unissent le droit positif et la morale.

Mais que faut-il entendre par morale et par bonnes mœurs ? Nous ne bataillerons pas pour ajouter une nouvelle définition à toutes celles qui ont déjà été données.

Voici d'ailleurs quelques opinions émises.

Aubry et Rau affirment que la notion de bonnes mœurs n'a pas besoin d'être définie et ne prête pas à discussion (5).

Demolombe s'en rapporte à quelques exemples judicieusement choisis et constate l'impossibilité de parvenir à des définitions précises et exactes (6).

(5) Cf. 5^e édition, t. IV, n° 344.

(6) Cf. T. XXIV, n° 374.

Colin et Capitant donnent une signification semblable aux expressions « bonnes mœurs » et « morale » (7).

Huc (8) est prisonnier de préjugés étroits craignant l'influence du prêtre, de l'éducateur et des censeurs, il proclame qu'il n'y a pas de règles morales autres que celles reconnues par la loi positive, nous estimons, pour notre part, que si les lois positives peuvent être plus larges et plus étendues que les règles morales, elles ne sauraient leur être contraires, et nous soulignons le danger de telles conceptions dont le sectarisme voudrait mettre le droit sous cloche et l'y faire mourir d'asphyxie.

En tuant l'influence de l'éducateur sur la législation on aboutirait à un droit totalement étranger aux circonstances de la vie.

Laurent estime que « chaque époque comporte ses règles morales admises en général et que les dissidences ne comptent pas ». Cette idée est complétée par celle que nous trouvons dans Baudry Lacantinerie : « La notion de morale est variable dans le temps. »

La jurisprudence du tribunal fédéral suisse admet que, pour décider qu'un acte va contre les bonnes mœurs, on se fonde sur l'opinion majeure des personnes fortes et raisonnables, sans tenir compte ni des conceptions par trop relâchées de tel ou tel cercle professionnel ni de la manière de voir subjective des parties, voir même du juge...

(7) Il nous semble que la notion de bonnes mœurs vise l'individu en lui-même et l'accomplissement de certains devoirs qu'il est inutile de préciser. La notion de morale est plus vaste.

(8) *Commentaire théorique et pratique du C. c.*

Est contraire aux bonnes mœurs, le contrat dont l'objet même est immoral (9).

On pourrait sans doute reprocher à cette conception de ne pas avoir le souci de la définition précise. Mais pourquoi chercher à torturer le sens des mots pour définir une notion aussi large et pratiquement impossible à limiter ? La morale existe, c'est incontestable et nous approuvons le tribunal fédéral suisse en ce qu'il souligne ce fait incontestable qu'elle est une conception de personne équilibrée et juste.

Section II

Toutes ces notions doivent-elles se compénétrer ?

Comment concilier toutes ces notions ?

Quid legis sine moribus ? a-t-on coutume de dire. C'est là poser une question à laquelle il faut répondre.

M. Ripert estime que la règle morale « devient juridique grâce à une injonction plus énergique et à une sanction extérieure nécessaire pour le but à atteindre (10). Il cite cette phrase de Joubert : « Le droit n'est que l'analyse de ce qui est équitable et bon » et il ajoute : « Ce n'est pas seulement dans l'élaboration du droit que la morale intervient..., c'est aussi dans l'application et l'interprétation de la règle. »

M. Mestre (11) note qu'après une tendance à considérer l'acte nuisible comme un produit social résultant

(9) Cf. *Rev. gén. de Droit civil*, 1934, p. 891. Jurisprudence du tribunal fédéral suisse.

(10) RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles* (p. 25)... si nous prenons l'élaboration de l'ordre juridique positif... la séparation est impossible à réaliser.

(11) *Rev. gén. de droit et jurisprudence*, 1936, p. 151-160.

de facteurs impersonnels, on a tendance à rapprocher la loi des circonstances : « La loi abstraite doit s'adapter à la vérité psychologique. » On admet donc en général que le droit et la morale doivent se compénétrer, mais on précise aussitôt qu'il ne faut pas confondre ce qui est licite ou légal et ce qui est moral.

Le législateur peut être amené à prendre dans l'intérêt de l'ordre et de l'économie des mesures qui n'ont rien à voir avec la morale. Le droit et la morale peuvent évoluer dans des domaines absolument différents qu'il est impossible de limiter d'une manière précise.

Section III

Pourquoi faut-il deux blocs séparés ?

Faut-il donc admettre, malgré tout ce que nous venons de constater, l'existence de deux blocs différents ? (12). M. Bartin, dans son étude *Sur la Théorie des conditions illicites ou contraires aux mœurs* met au point cette question épineuse grâce à un examen minutieux des textes du Code. Pourquoi, écrit-il, faire un groupe séparé des conditions contraires aux bonnes mœurs ? C'est qu'à côté des conditions nécessaires aux bonnes mœurs, il y a les conditions qui leur sont conformes. Si on prend soin d'insérer une condition contraire aux bonnes mœurs, c'est pour restreindre la liberté de faire un acte conforme aux bonnes mœurs. Or est réputée illicite une condition qui porte atteinte à une faculté de

(12) KANT, *Doctrine de droit*, traduction Barni, 1853, p. 26 et s., distingue les devoirs de droit... et les devoirs de vertu. (Se reporter au texte des art. 6, 1130, 1133, 900, 1172 Code civ.)

droit public (sous certaines conditions). Les conditions conformes aux bonnes mœurs seraient-elles donc illicites comme telles, et si l'on prend pour exemple la condition interdisant de se marier avec une fille publique, on est obligé de constater qu'elle est illicite comme portant atteinte à la liberté du mariage et licite comme conforme aux bonnes mœurs. Il ne faut donc pas s'étonner, termine cet auteur, si les articles 1172 et 900 semblent mettre côte à côte le « licite et le moral ». Ce qui est vrai pour les conditions l'est très généralement pour les contrats et les obligations.

M. Bartin a eu raison de s'attacher à la valeur des mots employés dans leur sens juridique, pour établir ce criterium ; il serait vain d'opposer la morale et la science juridique. La première inspire la seconde qui lui donne force et précision. M. Geny a écrit en termes excellents (13) : « Il ne faut pas avoir le fétichisme de la loi. » C'est exact, mais il ne faut pas tomber dans l'excès contraire. Vouloir parler juridiquement de morale ou moralement de droit, ce n'est pas chercher à étendre ou à rétrécir deux idées sœurs. Et pour que la morale puisse entrer dans le droit, il faut qu'elle en admette la terminologie. Reprenant l'exemple cité plus haut il faut constater que la loi a raison de s'opposer aux atteintes à la liberté individuelle, mais que la condition citée est conforme à la morale. Or, toutes les conditions illicites ne sont pas immorales, il faut donc maintenir les deux « blocs » contribuant à l'édification du même monument. C'est dans cet état d'esprit qu'il faut comprendre tout cela.

(13) Cf. Les Etudes sur la libre Recherche scientifique.

CHAPITRE II

LES NOTIONS DE CAUSE, DE BUT ET DE MOTIF

Puisqu'il est admis qu'il faut apprécier le droit selon la morale, il convient de rechercher les éléments qui serviront à « qualifier » les conditions et les contrats.

Il faut faire appel à la notion de cause. Mais dans quelles mesures faut-il rechercher le but et le motif ?

Malgré les discussions (inépuisables !) que soulèvent entre eux les partisans respectifs de la cause du but et du motif, nous restons persuadés que ces trois éléments sont indispensables, le premier prenant une valeur toute juridique, et les deux autres étant les deux points essentiels à considérer pour apprécier les circonstances.

Capitant (14) estime que la cause n'est ni le motif ni l'objet et qu'elle est un complexe de psychologie et de réalité subjective. Elle est « la contrepartie qui doit exister réellement mais dont la valeur réside dans une appréciation subjective ». En d'autres termes encore : « Le but que le contractant a en vue en l'obligeant, ou le but du contrat qui fait partie intégrante de la volonté créatrice d'obligation (15). »

Demolombe va plus loin encore et pense que « la cause se confond avec l'objet », il ne fait pas une large place à la cause illicite. Au contraire Huc, logique avec

(14) CAPITANT, *De la cause des obligations*, éd. 1923. Cf. également Dalloz 33, 1, 26, note Cass. crim., 19-7-1929 et 19-11-1932.

(15) Cf. sur le livre de CAPITANT : ROUAST, *Rev. trim. de D. c.*, 1923.

sa philosophie du droit, estime que « le motif doit rester juridiquement indifférent ». Donnat fait, au contraire, voir la cause d'une obligation dans son motif.

Pour nous aider à départager toutes ces opinions nous faisons appel une fois encore à l'étude de Capitant. « C'est la considération du but, dit-il, qui détermine le débiteur à s'obliger qui est par conséquent la cause de son consentement. » Quant au motif il est la raison « contingente subjective et par là-même variable avec chaque individu qui détermine une personne à conclure un contrat, à la différence du but, le motif ne fait pas partie de l'acte de volition du débiteur... peu importe qu'il soit licite ou illicite »... et c'est encore dans Capitant que nous trouvons : « Le motif est dans l'avenir, la cause dans le passé. »

Il ressort de tout cela qu'il est impossible de séparer la cause, le but et le motif. Comment d'ailleurs tenir compte de deux éléments si concrets que la morale et les bonnes mœurs en donnant à la cause un caractère de pure abstraction ?

La jurisprudence témoigne en général d'une compréhension plus exacte de cette question.

Elle recherche tout d'abord la cause (la contrepartie). Puis le but (résultat, recherché et obtenu) qui est partie essentielle de l'accord tout comme la cause elle-même (16), et elle cherche à « objectiver ce but par les conditions dans lesquelles le contrat a été fait », c'est-à-dire la morale et le motif.

Il semble que ce soit là une saine compréhension du rôle et de la valeur respective de tous ces éléments.

(16) CAPITANT, note sous arrêt Dal., 33, 1, 26 précité.

Certes le juge ne doit pas pénétrer le « for intérieur » des justiciables (17). Il n'en n'est pas moins vrai qu'il doit s'attacher aux circonstances.

Il y a une extension manifeste de la notion de cause. Mais selon l'expression de Capitant « la jurisprudence l'a fécondée et lui a retiré son aspect rigide pour en faire une notion vivante protectrice de la morale et de l'ordre public ».

On trouvera tout au long de cette thèse des exemples de jurisprudence faisant l'application de ce principe à des espèces variées. Citons dès maintenant les motifs d'un jugement relatif à des consommations gratuites servies par un aubergiste pour procurer des suffrages à un candidat : « Attendu qu'il n'y a pas à distinguer si la cause de la dette réside dans la livraison de marchandises qui serait seulement le motif de l'obligation..., qu'il est certain que l'objet du contrat était, dans l'intention des parties au moment de la convention, de servir à un usage prohibé, que le motif est en connexion si étroite avec la cause que le caractère illégal ou immoral de l'un affecte l'autre nécessairement (18). »

Et Capitant estime sur ce point que les deux parties ont participé à l'immoralité « de cette fin subjective qui a joué un rôle principal dans la conclusion du contrat » et qui « est entrée à titre déterminant dans leur double manifestation de volonté » ; d'ailleurs, précise-t-il plus loin, il s'agit là d'une fin économique ou d'une fin sub-

(17) Il convient sur ce point de rappeler ce que nous avons dit plus haut de la notion du péché dans notre aperçu sur le droit religieux, c'est la tare inévitable et insurmontable de la justice humaine ne de pouvoir s'élever à ce niveau.

(18) Tarbes, 14-3-89., D. P. 04, 2, 201. Castelnaudary, 25 juin 1902. D. P. 04, 2, 201.

jective étroitement attachée au but et à la détermination, et non pas d'un simple motif individuel.

Précisons simplement que pour éviter des erreurs d'appréciation sur des éléments aussi subjectifs et difficiles à pénétrer que les motifs et le but, il faut se rapprocher du résultat « obtenu » ou du but réalisé.

C'est d'ailleurs ce qui ressort de la jurisprudence actuelle sur le jeu. La jurisprudence relative aux maisons de tolérance s'oriente dans cette direction. Un prêt d'argent n'est pas immoral si l'imprunteur a pour but (côté subjectif) d'employer ses deniers à l'achat de l'exploitation d'une maison close. Mais il le sera si cet argent est effectivement employé à cet usage. Ce n'est pas le mouvement d'argent qui est immoral, c'est l'usage qui en est fait (19, 20).

*
**

L'existence pratique d'obligations morales est un fait incontestable.

Faut-il, sous prétexte que l'article 1134 du Code civil proclame que « les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », protéger l'immoralité délibérément voulue et consentie par certains individus ?

La réponse négative s'impose. Cet article est fait pour protéger les contractants contre les incertitudes des législations, il assure la force et la permanence des

(19) Trib. civ. Seine, 16 juin 1928, D. 1928-2-187.

(20) MEYNAL, dans une note sans cass. req. 1-4-1895, SIREY, 1896, 1, 296, défend l'isolement de la notion de cause en disant : « La vente d'un bijou devrait être annulée, s'il est destiné à une séduction ». C'est une erreur, et l'extension de la notion de cause ne tend pas à ce résultat. La nullité pourrait frapper la donation du bijou vicié par le but poursuivi qui serait de séduire le bénéficiaire. Mais la vente ne pourrait être annulée que si le vendeur avait étroitement participé au but du séducteur. Ce point devait être précisé.

contrats (21). Mais il n'a jamais été question de mettre à l'abri les obligations illicites ou morales. Il faut donc les combattre et s'opposer à leurs effets. Et pour cela différents moyens peuvent être employés.

Annuler un contrat, c'est le rendre inapplicable. Or, il est possible, selon les cas, d'annuler tout ou partie d'une convention. Encore faut-il savoir comment et dans quelles conditions.

Comment ? Faudra-t-il simplement invoquer tel article du Code civil et en faire l'application brutale ? Cette méthode risquerait de porter préjudice aux tiers.

D'autre part, ces textes sont en grande partie basés sur la notion de cause, et nous avons souligné les désaccords qui existent sur ce point.

Dans quelles conditions ? Faudra-t-il admettre que le signataire d'un contrat immoral vienne réclamer des dommages et intérêts en cas d'annulation, au mépris de la règle *Volenti non fit injuria* ?

Faudra-t-il accepter que ce même signataire allègue sa propre turpitude pour expliquer l'inexécution de ses engagements ?

Faudra-t-il lui refuser toute action en justice ? Et si l'accès du prétoire lui est accordé, faudra-t-il faire rétroagir l'annulation et prescrire la répétition des prestations déjà effectuées ?

Faudra-t-il, d'autre part, tolérer que l'inexécution voulue par le juge entraîne contre toute justice l'enrichissement sans cause de l'une des parties ?

Enfin, la convention réduite juridiquement à néant devra-t-elle faire place à une obligation naturelle ?

Nous allons essayer de résoudre toutes ces questions.

(21) Cf. sur ce point *Rec. Hebd. Dalloz*, 10 juin 27. JOSSERAND précité.

DEUXIÈME PARTIE

LES OBSTACLES OPPOSÉS PAR LA LOI A L'EXÉCUTION DES OBLIGATIONS IMMORALES

Dans cette deuxième partie, nous nous proposons d'étudier les textes (articles 6-1.131 et 1.133 du Code civil) sur lesquels on s'appuie pour prononcer l'annulation. Après en avoir vu les applications, nous étudierons les conditions immorales à la lumière des articles 1.172 et 900 du Code civil. Cela nous permettra d'étudier la libéralité avec charges, la cause impulsive et déterminante et les applications de ces données.

Puis nous examinerons ce qu'est l'état d'indignité et ce qu'il faut entendre par « refus d'accès au prétoire ».

Enfin, après avoir rappelé brièvement quels sont les tribunaux compétents pour prononcer cette annulation, nous préciserons le critérium d'appréciation et la position des tiers.

*
**

Le principe est que l'obligation immorale ne peut être exécutée. Encore faut-il savoir comment on s'y prend pour refuser à un accord passé son effet ordinaire.

Sur quel textes faut-il se baser ? Il faut distinguer selon qu'il s'agit d'une obligation immorale ou contraire aux bonnes mœurs, par sa cause, ou simplement, par l'une de ses conditions.

CHAPITRE PREMIER

LES TEXTES

Section I

Les articles 6, 1131 et 1133 du Code civil et l'annulation

C'est aux articles 6, 1131 et 1133 qu'il faut faire appel en ce qui concerne les obligations à cause immorale. Nous rappelons d'ailleurs ici que ces textes doivent être lus et interprétés non pas seulement au pied de la lettre mais bien dans leur esprit, et qu'il y a ainsi plus de chance de parvenir à des solutions conformes aux règles morales.

Aux termes de l'article 6 « on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Nous n'avons pas à revenir sur le choix du critérium discriminant l'ordre public et les bonnes mœurs (1).

La rédaction de ce texte indique d'ailleurs clairement que le législateur n'a pensé qu'aux obligations morales prévues par la loi (2).

Les articles 1131 et 1133 sont, au contraire, beaucoup plus larges si on les rapproche l'un de l'autre.

L'article 1131 est ainsi rédigé : « L'obligation sans cause, ou sur cause fautive, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet. » Et ce texte se trouve complété

(1) Cf. *supra* au sujet des termes de l'art. 6, la théorie des deux blocs de BARTIN.¹

(2) Il est intéressant de noter que les règles administratives sont, elles aussi, soumises à cette règle.

Cf. Paris, 11 juin 1877. Cas. civ. 13-8-1879 D. P. 18, 1, 85.

par celui de l'article 1133 qui précise que « la cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. » Le législateur a donc pris soin de prévoir d'une manière générale l'inexécution de tout ce que la morale peut réprouver. Il ne s'est pas contenté d'écrire « illicite » mais il a ajouté pour préciser « contraire aux bonnes mœurs », laissant ainsi à entendre que l'immoral ne devait pas être confondu avec l'illicite.

Quelle est la portée de ces trois articles ?

L'article 1131 emploie les mots « ne peut avoir aucun effet » et l'application de ce membre de phrase, si simple en apparence, a soulevé bien des discussions.

Faut-il comprendre que l'obligation sera aussi inefficace que si elle n'avait jamais été passée ? Le fait de s'engager contre la règle morale serait aussi peu efficace qu'une idée ou qu'un désir passager. Il faut alors rechercher les conséquences extrêmes de ce système. Si l'obligation morale ne peut avoir aucun effet par elle-même, les tribunaux pourront-ils « en connaître » et suppléer par un jugement à l'inefficacité d'une telle convention ? Inversement les parties auront-elles à se faire juges de la non-valeur de leur convention ?

Il faut s'entendre sur les mots. La convention est-elle inexistante ou nulle ? Nous pensons qu'il serait vain de polémiquer sur ce point. Si l'obligation est inexistante, le concours des tribunaux est théoriquement superflu puisque (toujours en théorie) il ne peut y avoir de litige sur une obligation qui n'existe pas. Mais pratiquement les « obligés » ne seront pas toujours d'accord et solliciteront l'avis du tribunal sur le fait même de l'existence.

La seule différence entre cette théorie et celle de la nullité est qu'au lieu de répondre aux plaideurs : « Vous êtes liés l'un et l'autre, mais vous ne l'êtes pas valablement », le tribunal répondra : « Vous pensez être liés par un contrat, mais vous ne l'êtes pas ».

Or, dans l'un comme dans l'autre cas, le résultat « immédiat » est le même.

Cette question qui n'est en apparence qu'une discussion de mots, a cependant son importance. Supposons que l'obligation soit réputée inexistante, et qu'elle ait été exécutée unilatéralement. Pour être dans la logique du système, cette exécution unilatérale n'a pas pour effet de rendre existante une obligation qui ne l'était pas. Il n'y a donc là que l'exécution volontaire d'un acte qu'aucune convention ne prescrit. Celui qui a reçu a donc été le bénéficiaire soit d'une libéralité, soit d'un enrichissement sans cause. Mais en tous cas, cette exécution unilatérale ne peut être considérée comme une confirmation puisqu'il n'y a rien à confirmer.

Si, au contraire, on admet la thèse de la nullité les solutions sont différentes. Tout d'abord il faut admettre qu'en cas d'exécution unilatérale, il y a confirmation (valable ou non, nous le verrons plus loin) ; si l'on veut parler de libéralité, il faut considérer l'intention libérale, et non l'exécution du contrat. Et d'autre part, il est plus pratique d'employer le mot nullité. Nous aurons à traiter plus loin du dosage de l'annulation, selon chaque espèce ; il nous semblerait difficile de doser cette validité (depuis la nullité radicale à la nullité partielle) sur des obligations absolument inexistantes.

Au surplus les rédacteurs du Code ont certainement employé en connaissance de cause l'expression de « au-

un effet », il leur était possible d'écrire « inexistant » ; il faut donc s'en rapporter à leur choix. C'est d'ailleurs sur cette question d'annulabilité et d'inexistence que s'éleva la polémique soulevée par l'école de l'exégèse. La théorie de cette école peut se résumer ainsi : l'acte n'a qu'une existence apparente ; rien n'a été fait ; il faut donc revenir sur toute exécution réalisée ou simplement commencée (3).

La première application de cet article saute aux yeux.

L'exécution de l'obligation immorale ne peut être demandée en justice.

Ce premier point demande encore un éclaircissement sur la preuve à fournir pour apprécier l'immoralité d'un contrat. Quelques arrêts avaient admis que le caractère moral de la cause de l'obligation devait apparaître dans la teneur même de l'acte, ou résulter d'un écrit ou d'un commencement de preuve par écrit (4). Mais cette règle est maintenant délaissée depuis un arrêt de la Cour de cassation du 4 janvier 1897 (5). Cet arrêt et plusieurs décisions postérieures admettent que la preuve par témoins ou par présomption outre et contre le contenu d'un acte attaqué comme frauduleux est toujours admis-

(3) LAURENT, *Principes de droit civil*, t. 15, p. 515 et 516. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. 31, p. 375. BOURGEON, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité*. Thèse Dejon, 1885, p. 282 et s. JAPIOT, *Les nullités en matière d'actes juridiques*, thèse Dejon 1909, Limoges, 16-4-1845, D. P. 46-2-191.

(4) Cass. req. 26-3-1860, D. P. 60, 1, 255. Amiens 9 août 1865, D. P. 66, 1, 377.

(5) D. P. 97, 1, 126.

sible (6). Le système de preuve adopté est donc très large et cela se comprend. Notons cependant que sur ce point les magistrats doivent faire preuve de prudence et de sagesse, il est bien certain qu'en de nombreux cas, « l'impression des juges » déterminée par une présomption doit entraîner l'annulation d'un contrat. Mais il n'en est pas moins vrai qu'ils doivent s'en tenir le plus étroitement possible aux faits constatés et rigoureusement déduits pour statuer. En agissant autrement, ils risqueraient de justifier les objections exposées plus haut.

Par conséquent, lorsqu'un tribunal a constaté le caractère immoral d'une obligation, les articles que nous venons de citer l'obligent à lui refuser « tout effet » et à refuser de consacrer son existence en aidant à son exécution.

C'est en application de ce principe que la vente d'un fonds de commerce à usage de maison de tolérance ne peut être judiciairement exigée « parce que le contrat de vente d'une maison de tolérance ayant un objet contraire aux bonnes mœurs, est inexistant (7) au point de vue juridique et ne peut être la source d'aucune obligation (8) ».

La même décision refuse d'appliquer à cette espèce la loi du 17 mars 1909 sur les fonds de commerce.

Au surplus le prix d'une telle vente ne peut faire l'objet ni d'une saisie-arrêt, non plus que d'une déclara-

(6) Cass. req. 28 août 1877, D. P. 78, 1, 164. req. 28 juin 1881, D. P. 82, 1, 161. Cass. civ. 8-1-1889, D. P. 89, 1, 3. Cass. req. 29 juin 1926 D. P. 1926, 2, 577.

(7) Nous citons le terme employé dans la décision rapportée, mais nous contestons l'emploi de ce mot (Cf. *supra*).

(8) Trib. civ. de la Seine, 25-11-1936, D. P. 1937, 1, 268.

tion affirmative (9). Ce sont là des exemples frappants de l'absence totale d'effet de telles conventions.

Nous trouvons également de nombreuses décisions en ce qui concerne le mobilier servant à l'exploitation d'une maison de tolérance, en particulier si cette vente est faite à crédit, étant admis que le crédit accordé permet à l'exploitant de lancer son affaire, ce qu'il ne pourrait faire sans avance de capitaux (10). Il en est de même pour les fournitures qui sont directement immorales puisqu'elles contribuent au premier chef à attirer la clientèle. Cependant la jurisprudence est partagée sur ce point (11).

Une jurisprudence intéressante concernant les baux des maisons de tolérance se développe actuellement. Le bail stipulant que le local loué est destiné à servir de maison de débauche est nul comme contraire aux bonnes mœurs (12). Il a été jugé par la Cour d'appel de Paris (13) qu'un bail de cette nature n'est pas opposable à l'acquéreur de l'immeuble où existe la maison de prostitution. L'acquéreur qui fait son acquisition postérieurement à la passation du bail peut faire procéder à l'expulsion du locataire, considéré comme occupant sans

(9) Cas. civ., 15-12-1873, D. 74, 1, 122. Cas. req., 1-4-1895, D. 95, 1, 263, et 17-7-1895, D. P. 1906, 1, 72.

Dalloz, rép. prat., contrats : trib. com. Saint-Etienne 8-11-1906, G. T. Com., 3-2-1907 ; trib. com. Tours 28-11-1930 S, 1931, 2, 66.

Dalloz rép. prat., fonds de commerce, 45, Orléans 26-11-1861, D. P. 62, 2, 7 ; trib. com. Seine, 5-2 et 14-5, 1867, S. T. C., 1867, 509.

(10) J. D. P., Poitiers 23-3-1860, D. P. 60, 3, 40, trib. com. Seine, 1-5-1888, G. P. 88, 1, 797 ; trib. com. Marseille, 7-11-1913, G. P. 14, 1, 206.

(11) Trib. com. Dijon, 11-4-1919, rec. Dijon 1911, 130.

(12) Paris, 22-3-1923, D. P., 1523, 2, 118 Nancy, 8 juin 1934, D. 1935, 2, 33. Note P. VOIRIN.

(13) Gesta C. Epoux Mozuel, 16-3-1926. G. P. 1926, 1, 179.

titre, alors même que dans l'acte d'achat de l'immeuble, il aurait pris l'engagement de respecter le dit bail en cours (14). Là encore il faut voir une application exacte de la privation d'effet, et cette nullité entraîne les conséquences suivantes : si le propriétaire justifie de son droit de propriété, il peut reprendre l'immeuble, sans tenir compte du bail et il lui suffit de présenter un juste titre pour rentrer dans sa possession (15).

Conformément au même principe, le renouvellement du bail est refusé au locataire qui a transformé la maison en lieu de rendez-vous. De même pour les prorogations (16).

Le commandement fait en vertu d'un tel bail pour obtenir paiement de loyers échus, est nul comme fait sans titre (17) et le payeur occupant sans titre ni qualité doit être expulsé et condamné à payer une indemnité d'occupation correspondante à la valeur locative (même référence).

Nous pouvons trouver d'autres exemples dans des espèces différentes. En ce qui concerne les relations extra-conjugales, on refuse tout effet au « marché hon-

(14) Amiens, 4-4-1912, G. P., 1912-2-136. Conseil d'Etat 11-3. *La loi*, 18-3-21. Aix 28-2-1928, G. P. 1928-2-577. Lyon, 24-9-1852, G. P., 92, 1, 7. Aix, 23-5-1928, D. H. 1928, 410.

(15) Alger, 15-11-1893, D. P., 94, 2, 528. Caen, 29-7-1874, S., 75, 2, 98. Uzès, 17-2-86, G. T., 86, 1, 802.

(16) Le trib. civ. Eure-et-Loir, 26-7-1928, D. H., 1928, 535.

Com. sup. de cass., loyers, 12-1-1928, D. H., 1928, 154.

(17) Table G. P., 1907-1912, *ibid*.

Il faut cependant noter que le propriétaire d'un immeuble où est exploitée une maison de tolérance n'est pas admis à demander la nullité du bail par lui consenti, alors qu'il invoque non pas un but de moralité, mais son intérêt particulier, et lorsqu'il n'agira ainsi qu'après s'être vu débouté d'une demande en majoration. Paris, 1-2-1930, D. H., 1930, 218.

Req. 23-3-31, G. P., 1931, 1, 676.

teux » qui consiste à salarier le vice, et à exiger ou récompenser des complaisances présentes, passées ou futures (18). Il en est de même pour les billets de reconnaissance d'un prêt souscrit par une femme mariée en vue de faciliter ses relations avec son amant si le prêteur a eu connaissance des raisons qui déterminaient cette femme à recourir aux emprunts qu'elle lui faisait à l'insu de son mari (19).

L'ancienne jurisprudence annulait en bloc, comme contraires aux bonnes mœurs, les contrats par lesquels des entremetteurs se faisaient promettre une commission sur la réalisation d'un mariage (20). Mais la jurisprudence a évolué nettement vers une compréhension plus exacte et le courtage n'est plus *a priori* considéré comme immoral ; il le devient pour des raisons de fait. Si le courtier se borne à mettre en présence les futurs époux, le contrat conserve son effet. Le paiement des frais et services rendus est valable si le mandataire n'a usé d'aucun subterfuge et d'aucune pression pour obtenir le consentement (21). Rien de contraire aux bonnes mœurs s'il s'agit de rapprocher simplement deux familles (22).

(18) Cas. req. 23-2-887, D. 98, 1, 35.

Aubry et Rau 5 Ed. tome X, par 644, D. 485.

Trib. civ. Mantes, 13-2-31, G. P., 1931, 1, 612.

Trib. civ. Seine, 25-5-1919, G. T., 19, 10, 1919.

Paris 5-5-1925, G. T., 22, 5, 1926.

Trib. civ. de la Seine, 28-3-1916, *La Loi*, p. 4, p. 116.

(19) Req., 17-4-1923, 2^e espèce, D. P., 1923, 1, 172.

(20) Cas., 1-5-1855, D., 55, 1, 147.

Paris, 3-2-1859, D., 59, 2, 112.

(21) Cass., 20-4-1904, D., 190, 1, 420.

Trib. civ. de la Seine, 3-2-27, G. P., 1927, 1, 496.

(22) Lyon, 15-10-1913, G. P., 1914, 1, 110.

Bordeaux, 1913-12-17, S. 1915, 2, 38.

Toulouse, 6-3-1912, G. T., Midi, 14, 1, 12.

Par contre, la convention devient nulle... si elle dégénère en une sorte de marché commercial..., même si elle a été dissimulée sous la forme d'une traite acceptée ou d'un billet à ordre souscrit par le commettant (23). Dans ce cas, la jurisprudence annule le contrat de commission et n'accorde parfois que le paiement des soins et frais du courtier (24). La jurisprudence n'a pas d'autre but que d'éviter la déformation du mariage. On peut remarquer qu'elle ne reconnaît la validité du courtage que si le courtier se borne à « rapprocher » les parties. Mais au contraire, elle annule et supprime l'effet du contrat dont l'objet principal serait : 1° soit un gain déterminé par une commission sur la fortune des parties intéressées ; dans ce cas il n'a pas pour but de favoriser un mariage, mais seulement de réunir deux fortunes dont le total donnera un pourcentage de commission très rémunérateur ; ce marchandage est immoral ; 2° soit la mission de tromper sur un point quelconque et d'user de tous les moyens honnêtes ou non pour obtenir ou arracher le consentement de l'époux ou de l'épouse convoitée.

L'article 1131 sert encore à limiter certains abus de la liberté individuelle. Il est bien certain que chacun peut faire de son corps l'usage qui lui plaît, quitte à ne jamais porter atteinte à la morale ou aux bonnes mœurs. La jurisprudence est fidèle en cette matière à la dignité de la personne humaine et c'est bien le moins qu'elle puisse faire. Il est interdit de « faire usage de son corps et de risquer sa vie par jeu ou stupide gageure (25) ».

(23) Trib. com. de la Seine, 29-5-1928, G. P., 1928, 2, 658.

(24) Cas., 20-4-1904 précité.

Bordeaux, 24-6-1909, G. P., 1909, 1, 720.

Seine, 3-6-1912, D., 13, 5, 1921.

(25) Cf. RUPERT, *Règle morale et exécution des obligations civiles*, p. 44.

On ne peut non plus prêter son corps pour des opérations dangereuses et sans utilité telles que des expériences de chirurgie esthétique (26).

C'est toujours en application du même principe que la jurisprudence considère comme contraire à la règle morale d'user de son pouvoir, de son autorité ou de sa situation pour se faire accorder, ou faire accorder à un tiers des avantages auxquels le déroulement normal des événements ne peut faire prétendre. Il faut entendre par là que le favoritisme ne jouit d'aucun effet juridique ; c'est ainsi qu'il a été jugé dans différents cas : 1° que doit être considérée comme nulle la convention qui a pour but, moyennant un prix déterminé, de faire obtenir l'accès à un poste, alors que cette nomination appartient au chef de l'Etat ou à l'un de ces délégués ; 2° qu'est immoral le trafic d'influence qui se produit à la faveur d'une situation acquise dans une administration privée, de la part d'un de ses préposés, et dans des conditions telles qu'il peut en résulter pour elle un réel préjudice. L'obligation qui a pour but la rémunération des démarches constituant le trafic est également nulle (27) ; 3° qu'il faut considérer comme sans effet le contrat de rémunération des démarches tendant à attribuer les bonnes grâces de l'autorité (28).

Les articles 1131 et 1133 ont donc pour effet brutal d'annuler et de refuser l'exécution des obligations dont la cause est immorale.

(26) Lyon, 27-6-1843, G. P., 1913, 2, 506.

(27) Trib. c. 19-3-1924, G. P., 1924, 2, 105.

(28) Trib. c. Seine, 19-11-1915, G. T., 28, 7, 1916. Cass., 2-4-1912, G. P., 1912, 1, 683.

Section II

Les conditions immorales (l'article 1172)

Le Code civil a prévu le cas des obligations dont la cause, le but ou l'objet principal serait conforme à la morale et aux bonnes mœurs, mais qui contiendrait une condition inadmissible.

Reprenons le texte lui-même du Code : l'article 1172 est ainsi rédigé : « Toute condition d'une chose impossible ou contraire aux bonnes mœurs ou prohibée par la loi est nulle et rend nulle la convention qui en dépend. » En ce qui concerne les contrats et obligations, la condition immorale est donc aussi dangereuse que la cause, puisqu'elle aboutit au même résultat.

Section III

L'article 900 du Code civil

Il est intéressant de rapprocher ce texte de l'article 900 du même code qui ne concerne plus les contrats et obligations, mais uniquement les dispositions entre vifs et testamentaires. En ce qui les concerne, « les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux bonnes mœurs, sont réputées non écrites ».

Ce texte est formel, mais à la différence du précédent, il respecte la validité de la disposition et n'annule que les conditions et les charges. La donation reste debout, et le disposant ou ses ayants cause sont tenus à l'exécution de leurs promesses, tandis que le bénéficiaire peut valablement se dispenser de souscrire à la condition imposée.

La rédaction de ces deux textes (1172 et 900 Code civil) nous semble défectueuse, en ce sens qu'ils contiennent tous les deux des dispositions relatives aux conditions, mais qu'il n'y est pas fait mention des charges. Or, si cette omission est pour ainsi dire sans importance en ce qui concerne les obligations onéreuses, il n'en est pas de même pour les dispositions.

Capitant, dans son ouvrage déjà cité sur la cause des obligations, analyse la différence de la charge et de la condition.

Il faut souligner, car cela est important, qu'une disposition avec charge produit son effet du jour où elle est acceptée. Il s'en faut donc de très peu qu'une telle disposition ne s'apparente étroitement à une obligation pure et simple. Dans la première on parlera d'exécution ou d'inexécution de la charge (contre-partie de la disposition qui est elle-même exécutée). Dans la seconde, on parlera d'absence de contre-prestation. Il s'agira donc d'une part de répétition pour cause d'inexécution, et de l'autre d'annulation.

L'analyse de Capitant, qui met magistralement en lumière le côté juridique de cette question, perd pratiquement beaucoup de sa valeur, car il est très difficile, sinon impossible de distinguer une charge d'une condition résolutoire potestative et bien souvent d'ailleurs une charge sera cumulée avec une condition suspensive ou résolutoire casuelle (29).

Cependant, le législateur, en comblant cette lacune aurait évité les longues discussions que nous allons exposer.

(29) CAPITANT, ouvrage précité, p. 426.

PLANIOU, note D. P., 91, 2, 113.

Ceci posé, revenons-en à l'article 900 Code civil.

L'article 900 divise donc la volonté du disposant pour lui interdire d'obtenir par un moyen détourné la réalisation d'un but immoral. Mais quelle est sa portée exacte.

Faut-il s'en tenir à l'intention du disposant et annuler le tout ou simplement la condition selon qu'il a fait de cette condition, l'accessoire de sa libéralité ou sa cause impulsive et déterminante (30) ?

Cette solution très large s'oppose à une conception plus radicale et plus rigoureuse.

L'article 900 est issu d'un décret révolutionnaire des 5 et 12 septembre 1791 qui déclarait non écrites les conditions contraires aux bonnes mœurs. Il fallait alors décourager les ennemis de la révolution qui auraient pu tenter d'imposer à leurs donataires ou héritiers des conditions « inspirées par l'esprit de réaction ». Dans ce cas l'article 900 inspiré par une nécessité d'ordre public devrait être appliqué radicalement et strictement, sans tenir compte de l'intention du disposant (31).

On peut remarquer dès maintenant que la solution radicale est inspirée par des considérations d'ordre politique dont l'importance fut capitale, mais que cela est du passé, et qu'il n'y a plus aucune raison de se tenir à ce principe d'interprétation.

Au surplus, la solution conforme aux intentions du

(30) DEMOLOMBE, t. XVIII, n° 202 et s.

BERTHOULD *Questions de pratique et de doctrine du Code civil*, t. II, p. 233.

BAUDRY LACANTINERIE et COLIN, 1, 71 et suivants. AUBRY et RAU. 5^e Ed., t. XI, 692, p. 173.

(31) BARTIN, *Théorie des conditions*, p. 311 et suivantes.

LAURENT, t. XI, n° 263 à 434 ; PLANIOL, t. III, n° 3029 ; AMBROISE COLIN et CAPITANT, t. III.

disposant présente la même garantie d'ordre public (les conditions contraires aux lois étant prévues). Il est donc possible, tout en respectant l'état d'esprit du législateur, de suivre l'intention du disposant, tout au moins en ce qu'elle concerne la morale et les bonnes mœurs.

La jurisprudence, partagée entre ce respect strict de « la lettre » de l'article 900 exclusif de tout adoucissement et la solution interprétative de la volonté, a trouvé une solution médiane par deux moyens différents.

Tout d'abord, elle se base sur ce fait que la condition peut être la cause impulsive et déterminante de la disposition ; considérant alors que le disposant ne peut obtenir le résultat recherché, elle se montre pour lui pleine d'indulgence. La nullité est prononcée de sorte que le disposant insatisfait rentre en possession de ses biens.

La première décision rendue dans ce sens est relevée par BARTIN dans son ouvrage sur les conditions (32) et cette jurisprudence a été consacrée depuis par la Cour de cassation (33).

La seconde solution, qui est d'ailleurs très proche de la précédente, consiste à assimiler les dispositions conditionnelles à des dispositions avec charge. Mais il faut pour cela que le fait illicite que le disposant cherche à obtenir réponde à son intérêt, qu'il poursuive un but égoïste ; il faut au surplus que le donateur manifeste

(32) Pau, 2-1-1827, BARTIN, éd. 1887, p. 355.

(33) Cassation, 3 juin 1863, D., 63, 1, 429. Cassation, 7 juillet 1868, D., 68, 1, 446. Cassation, 17 janvier 1883, D., 84, 1, 156, etc. sur l'appréciation de ce caractère de cause.

PLANIOL *Précis de D. C.*, t. III, n° 3037. Cass., 22-11-134, D., 1915, 1, 58.

d'une manière incontestable, « cet intérêt personnel », soit en se réservant le droit d'utiliser l'action en résolution, voir même de réclamer une astreinte ou des dommages et intérêts pour contraindre ou suppléer à l'exécution de la condition.

Cette double condition est suffisante. Peu importe que la condition soit suspensive ou résolutoire. Il est des conditions suspensives qui indiquent d'une manière flagrante l'intérêt personnel du disposant (exemple : donation faite sous condition de divorce).

Par conséquent, il ne faut pas craindre d'assimiler à une donation avec charge de telles dispositions. Il y a véritablement échange de prestations. C'est pourquoi on peut procéder de la même manière que pour les actes onéreux et faire application de l'article 1172. Il ne s'agit donc plus d'étendre et d'assouplir l'article 900 mais bien de l'abandonner (34). Ce n'est donc plus simplement la condition qui est réputée non écrite mais bien la disposition tout entière.

Pour arriver plus certainement à l'exécution des dispositions qui risquent d'être annulées comme contraires à la règle morale, les disposants utilisent parfois des clauses pénales, par lesquelles ils interdisent aux bénéficiaires d'attaquer et de faire annuler leurs dispositions. Cette clause pénale ne peut être valablement utilisée quand la morale et les bonnes mœurs sont en jeu. La jurisprudence est unanime dans ce sens (35).

(34) Pau, 2-1-1827, D., 29, 2, 164.

Orléans, 20-3-1852, S., 53, 2, 13.

Nîmes, 22-1-1890, D., 91, 2, 113.

SAVATIER, Thèse 4^e partie, note sous arrêt D. (P. 1927, 1, 114, C. RAU, *Rev. crit.*, 1908, P. 111, 237.

(35) Code Civ. DALLOZ, art. 900, n° 316 et suivants. Poitiers, 20-2-1861, D. P., 61, 2, 93. Paris, 14-11-1894, D. P., 95, 2, 115.

Notons encore que ce rapprochement entre les articles 900, 1172 et 1131 est impossible en matière de legs. Comment concevoir en effet qu'une disposition testamentaire soit assimilée à un acte onéreux ? Il semble en effet que le décès entraîne indiscutablement la disparition de toute idée d'échange et de profit réciproque. On peut cependant rencontrer des cas où persiste au delà de la mort une idée d'intérêt privé, ne serait-ce que l'entretien d'un enfant. Dans ce cas, il ne faut pas hésiter à employer les deux méthodes indiquées ci-dessus.

CHAPITRE II

LA JURISPRUDENCE

Section I

Applications de cette doctrine par la jurisprudence

En ce qui concerne les relations extra-matrimoniales, la jurisprudence considérait autrefois le concubinage comme une incapacité absolue de recevoir (36). Une évolution totale s'est produite sur ce point. Le seul fait que l'auteur d'une libéralité entretiendrait, avec le bénéficiaire de la disposition, des relations illicites et même adultérines ne suffit pas pour invalider l'acte. Celui-ci n'est frappé de nullité que s'il a eu pour cause la formation, la continuation ou la reprise des rapports immo-

(36) L'ordonnance de 1629, dite code Michaud, déclarait nulles toutes donations faites à des concubins.

raux ou leur rémunération (37). Il faut donc que la libéralité constitue un appât destiné à encourager le vice, et qu'elle ait pour cause impulsive et déterminante le concubinage en lui-même. Mais on considère comme valable la libéralité qui trouve son origine dans l'intention d'assurer l'existence de la donataire et aussi dans la conscience de la responsabilité à raison du dommage moral qu'il lui a fait éprouver en l'entraînant à un mode de vie irrégulière.

En résumé, dès qu'il s'agit d'obtenir (cause impulsive et déterminante) ou de récompenser (marché immoral entraînant l'assimilation de l'acte onéreux) une complaisance contraire aux bonnes mœurs, la libéralité est entièrement annulée. Mais elle est maintenue si elle a pour « cause impulsive et déterminante » la reconnaissance de la responsabilité dans le dommage causé par la déchéance. Il y a là une idée de réparation qui ne doit pas être confondue avec le *Pretium stupri*.

A notre avis, la jurisprudence commet une erreur en admettant que le don manuel dont les relations illicites ont été non pas la cause, mais seulement l'occasion, n'est pas nul (38). Il a même été admis (39) que la concubine qui établit que des bijoux et fourrures sont des cadeaux faits pour elle et portés par elle... est fondée à

(37) Cas. civ., 11 mars 1918, G. P., 1918 et 1919, I, 188, S., 1918, 1919, I, 170, D., 1918, I, 100.

Cas. req., 8 juin 1926, G. P., 1926, 2, 252, D., 1927, I, 113. Note M. Savatier, Bastia, 31, 7, 1907. G. P., 1907, 2, 367. Paris, 5 mai 1925, G. T., 22 mai 1926. Aix, 7 mai 1928, G. P., 28, 2, 244. Besançon, 4 juin 1924, G. T., 9 juin 1924. Toulouse, 14-4-1919, G. T., Midi, 18 mai 1919. Bordeaux, 14-12-1912, rec. Bordeaux, 12-1-1931, Cas. req., 20-7-36, G. P., 36, 2, 789.

(38) Req., 16-4-1923, 1^{re} espèce, D. P., 1923, 1, 172.

(39) Civ. Seine, 6 juin 1917, G. P., 1916, 17, 755.

demander la restitution à celui qui les a emportés après la rupture de leurs relations pour en faire profiter une nouvelle maîtresse. C'est un moyen détourné d'autoriser la demande en exécution d'un don immoral. Il est en effet bien certain que des cadeaux sont toujours faits pour obtenir des complaisances et l'on comprend mal une décision qui consacre presque « un droit au cadeau ». Le seul fait susceptible de donner à cette décision une apparence d'équité serait le versement aux débats de factures faites au nom de la concubine et effectivement payées par elle.

La jurisprudence a utilisé d'une manière très ingénieuse le procédé de la recherche de la cause impulsive et déterminante, dans les rapports de filiation adultérine ou incestueuse.

On sait que pratiquement l'interdiction de la recherche du caractère adultérin ou incestueux de la filiation paralyse toute action contre les dispositions dont peut bénéficier un enfant issu de relations extra-conjugales. Il existe cependant un moyen de parvenir à l'annulation. Si la libéralité a pour cause « impulsive et déterminante » l'opinion que le donateur se fait des liens qui l'unissent au donataire (et qui sont, selon lui, la filiation adultérine ou incestueuse), son intention étant de violer l'article 908 du Code civil, la donation est illicite comme contraire à un texte. Or, s'il est interdit de rechercher ou de vérifier la filiation adultérine ou incestueuse, il est permis de rechercher l'opinion que le donateur a de sa paternité. Ces deux questions sont bien distinctes l'une de l'autre. L'opinion du donateur peut être erronée, et l'exactitude de l'intention constatée chez le disposant n'entraîne pas obligatoirement la réalité

de la filiation supposée. La donation sera donc annulée non pour cause immorale, mais pour cause illicite (40).

Section II

L'état d'indignité

Le refus de l'accès au prétoire

La portée des textes que nous venons d'étudier en eux-mêmes ou dans leurs applications par la doctrine et la jurisprudence est donc inspirée par la préoccupation de retirer toute portée pratique aux conventions immorales en les considérant comme nulles.

Faut-il aller, pour refuser le droit d'exécution à de telles conventions, jusqu'à admettre qu'elles frappent les intéressés d'une véritable indignité susceptible de leur fermer l'accès au prétoire, et qu'en contre-partie les magistrats doivent systématiquement repousser les demandes ou les exceptions qui leur sont présentées dès qu'ils s'aperçoivent qu'il y a matière à plaidoiries scabreuses et à scandales ?

Monsieur Savey Cassard, dans son excellente étude sur « le refus d'action pour cause d'indignité (41) », estime que « les plaideurs dissimulent des intentions immorales, ou au moins intéressées, et que cela suffit pour écarter leur procès..., que décider du règlement illicite à leur gré serait affaiblir la sanction que constitue la nullité et favoriser pour l'avenir l'accomplisse-

(40) Cas., 31-7-1860, D., 60, 1, 45 P. Grenoble, 6-2-1845, D. P., 46, 1, 344. Req., 29, 7, 87, D. P., 88, 1, 295. Cass., 6-12-1876, G. P., 1877, 1, 492. Pau, 16-6-1884, D. 85, 2, 254. Limoges, 27, 2, 190, D., 1902, 2, 281.

(41) SAVEY CASSARD, *Etude de la règle « Nemo »*. Lyon, 1930, publié librairie générale de droit et jurisprudence.

ment de nouvelles fautes. La réunion des qualités d'auteur de l'infraction et de bénéficiaire de ses conséquences explique le danger de la demande.»

Il est certain qu'il ne faut pas chercher dans l'intention du demandeur en annulation d'une convention, un but désintéressé, mais bien plutôt un dessein personnel et égoïste. Autrement dit, sous prétexte de vouloir supprimer une convention immorale, le plaideur recherche son bénéfice particulier (42).

Devant cette raison fort logique on comprend que la doctrine et la jurisprudence inclinent parfois à refuser systématiquement l'accès du prétoire aux plaideurs indignes.

Sur quoi peut se baser ce refus que certains considèrent comme un déni de justice ?

Ne revenons pas sur les termes de l'article 1131 du Code civil. Nous ne pensons pas, pour notre part, que la suppression de tout effet puisse être obtenue par le refus systématique d'action.

Mais il y a le fameux adage : *Nemo auditur turpitudinem suam allegans* sur lequel nous reviendrons d'ailleurs.

En ce qui concerne la question qui nous intéresse actuellement, cet adage, que le Code ignore sans le supprimer, a pour effet principal de laisser planer sur tous les actes accomplis contre la morale l'incertitude la plus complète. C'est le cas du contractant qui a exécuté son

(42) Il *fraude*... en se servant de moyens de droit dans un but contraire à celui de la loi. Paris, 7 mars 1846, D., 46, 4, 376, Req., 2-2-1853, D., 53, 1, 57. Trib. com. Seine, 24-12-1891, G. P., 92, 1, 216, req., 29-11-1893, D. 94, 1, 63. Paris 29-4-1911, G. P., 1911, 2, 37. Toulouse 9-1-1821, S., 21, 2, 242. Pau, 19-3-1831, S., 31, 2, 203. Limoges 28-2-1839, S., 39, 2, 375. Epernay, 12 juin 1886, G. P., 88, 1, 547.

obligation et cherche par la suite à exiger la contrepartie qui lui est due. Il doit pour cela avouer devant le tribunal qu'il a consenti à l'exécution de ce geste immoral et qu'il exige que son partenaire, qui ne l'a pas encore fait, s'exécute à son tour ou lui restitue ce qu'il a donné. Or, le magistrat peut répondre que la combinaison des articles 1131 et de l'adage rend irrecevable une telle demande.

Mais ce n'est pas dans le rejet d'une demande d'exécution que l'adage prend toute sa valeur et nous y reviendrons en traitant de la répétition ou de la restitution.

Sans aller chercher dans le droit romain ou dans le vieux droit français le fondement d'une possibilité de refus systématique d'action, on fait souvent appel à la simple idée de risque (43). Si les tribunaux sont normalement obligés, sous peine de déni de justice, de trancher tous les litiges qui leur sont soumis, le refus d'action doit être considéré comme « une déchéance sanctionnant une immoralité particulière ». Ceux qui volontairement se sont placés en marge des règles généralement admises doivent être abandonnés à leur triste sort.

Cet argument ne manque pas de mérite et fait du refus d'action en justice un remède préventif. Ses partisans espèrent en effet que la perspective de l'impossibilité de l'exécution en justice fera réfléchir... La crainte est le commencement de la sagesse. On a soutenu par ailleurs qu'il fallait écarter du prétoire les procès immoraux. Mais il serait étrange d'admettre que des magistrats placés à leur poste éminent en raison de leur

(43) Cf. KAYSER, *Rev. trim.*, D. C., 1933, P. 1115, les nullités d'ordre public, par. 2.

intégrité et de leurs capacités soient les seuls citoyens à ne pas connaître de tels faits. Pourquoi refuser l'accès du prétoire à un débiteur qui demande au juge de le décharger de ses obligations immorales. M. Ripert, écrit à ce sujet : « Quand on étale devant eux (les tribunaux) des gestes honteux, c'est pour les réprimer (juridiction criminelle) on voudrait leur en faire connaître pour en faire jaillir un droit (juridiction civile) ; au surplus, le magistrat ne pourrait renvoyer le plaideur qu'après avoir constaté l'immoralité... Le mal serait fait... si tant est qu'il y ait mal.

Nous pensons donc qu'il ne faut pas refuser aux tribunaux le droit d'écouter les demandes et les exceptions de nullité pour cause d'immoralité. De même qu'il appartient au médecin de diagnostiquer une maladie, c'est au magistrat qu'incombe le devoir d'apprécier la moralité d'une convention et, le cas échéant, d'en prononcer l'annulation. Il ne nous semble pas en effet que la théorie du risque prenne en notre espèce toute sa valeur, comme elle pourrait par exemple le faire s'il s'agissait non pas d'une demande d'annulation, mais d'une action en répétition.

Section III

A qui appartient le droit de contrôler la nullité base du refus d'exécution ?

Cette tâche incombe évidemment aux tribunaux, et il ne semble pas qu'il y ait lieu d'attribuer une compétence spéciale à une juridiction quelconque. La question de moralité pourra être soulevée devant un tribunal civil ou de commerce, devant un juge de paix

(autant qu'il a le droit d'interpréter un contrat) devant un Conseil de prud'hommes, ou une juridiction administrative.

Quant à la Cour de cassation, s'il ne lui appartient pas de constater les faits immoraux, elle peut modifier la « qualification », elle précisera si les faits souverainement établis « touchent » à la morale. Un exemple suffira à préciser ce point de vue : les tribunaux pourront établir si les deniers ont été employés à l'achat d'un immeuble à usage de maison close ou à l'exploitation de cette maison, et si le prêteur a eu connaissance de cette destination. La Cour de cassation est compétente pour préciser dans quel cas le contrat de prêt ou de vente doit être annulé et dans quelles limites.

Section IV

Critérium d'appréciation

L'ancienne jurisprudence décidait que le caractère moral de la cause devait apparaître dans la teneur même de l'acte, ou résulter d'un écrit ou d'un commencement de preuve par écrit (44) ; cette règle semble délaissée depuis un arrêt de la Cour de cassation du 4 janvier 1897 (45). Cet arrêt de la Chambre des requêtes, ainsi que plusieurs décisions, admettent que « la preuve par témoins ou par présomptions outre ou contre le contenu d'un acte attaqué comme frauduleux est toujours admissible (46) ».

(44) Req., 26-3-1860. D. P., 60, 1, 255. Amiens, 9 août 1865., D. P., 66, 1, 377.

(45) D. P., 97, 1, 126.

(46) Cas., 28 août 1887, D. P., 78, 1, 164. Req., 28 juin 1881, D. P., 82, 1, 161. Civ., 8-1-1889, D. P., 89, 1, 3. Req., 29 juin 1926, G. P., 1926, 2, 577.

Le système adopté est donc très large et cela se comprend, et les magistrats doivent faire preuve de prudence et de sagesse. Il est bien certain que l'impres- sion des juges déterminée par une présomption doit entraîner l'annulation d'un contrat. Mais il n'en n'est pas moins vrai qu'ils doivent s'en tenir autant que pos- sible aux faits constatés et rigoureusement déduits pour statuer.

Section V

Position des ayants cause et des tiers

On peut se demander quelle est la position des ayants cause des parties qui se trouvent en face d'une conven- tion immorale.

Autant que l'on peut admettre le refus d'action, cette exception ne doit pas leur être opposable. Il est certain qu'un ayant cause ne peut avoir plus de droits que son auteur, mais il est non moins vrai que l'état d'in- dignité est une situation exceptionnelle et personnelle. C'est donc pour cette dernière raison que la jurispru- dence admet que la faute personnelle à l'auteur ne doit pas préjudicier à celui qui n'y a aucune part (47). Il faut cependant bien préciser que cette relativité de l'indignité doit être abandonnée si l'ayant cause a parti- cipé tant soit peu à l'élaboration de la convention immo- rale. Si la « turpitude » de l'auteur ne peut être oppo- sée à l'ayant cause, celui-ci peut-il demander la nul- lité de la convention qu'on lui oppose ? Nous croyons pouvoir répondre par l'affirmative, puisqu'il ne s'agit

(47) Cf. Toulouse, 21-7-1870. Req., 2, 4, 1872, S. 73, 1, 24, trib. Seine [26], 7, 1884. Trib. Com. Seine, 28 juin 1902, S. 1905, 2, 206. Cf. note de M. Pie, D. 1929, 1, 25 contra Chambéry 6 mai 1871, S. 61, 2, 563.

plus alors que d'utiliser une faculté reconnue à l'auteur. Les opinions sont cependant partagées sur ce point (48). Il s'agit, en effet, de savoir s'il faut obliger l'ayant cause à supporter les conséquences d'une faute qu'il n'a pas commise et l'obliger à se soumettre à un contrat radicalement nul. Mais comment refuser à un plaideur le droit d'exiger une nullité radicale que le juge peut opposer d'office ? Plusieurs décisions admettant cette manière de voir (49). Cependant la jurisprudence reste hésitante.

La même question peut se poser au sujet des tiers qui peuvent avoir intérêt à faire tomber un contrat nul que leur débiteur se prépare à exécuter au mépris de leurs droits. Peuvent-ils dans ce cas, par le canal des articles 1166 ou 1167, sauvegarder la morale et leurs intérêts. L'article 1166 peut être utilisé pour les droits relatifs aux rapports de famille, s'ils ont dans leur exercice des résultats pécuniaires. D'autre part, et en ce qui concerne l'article 1167, les créanciers peuvent exercer l'action Paulienne contre des actes concernant des questions d'état, mais ne peuvent attaquer ces actes frauduleux qu'au point de vue de leurs conséquences préjudiciables (50). Il semble donc que par extension les tiers puissent se prévaloir de la nullité d'un contrat même si la nullité est basée sur une immoralité personnelle au signataire. Il convient cependant de préciser que l'article 1166 ne met pas celui qui l'utilise à l'abri des exceptions opposables à l'intéressé, et que par consé-

(48) SAYEY CASSARD, ouvrage précité p. 260.

(49) Cf., note 47 et Orléans, 31-12-1889. G. P. 90, 1,270, Amiens, 1-4-1912. G. P., 12, 2, 136. Contra Amiens, 2 juin 1887. S., 87, 2, 231.

(50) Cf. Dalloz annoté, 1166, n° 40 et LARROMBIÈRE, t. 2, art. 1167, n° 12. D. P., 1873, 1, 65, note 5.

quent la turpitude commune peut, le cas échéant, paralyser son action. Cependant, il a été jugé (51) que « s'il est des droits que le créancier ne peut exercer du chef de son débiteur, parce qu'ils sont exclusivement rattachés à la personne de ce dernier, il est, par analogie de raisons, des fins de non recevoir qui ne doivent pas arrêter l'action du créancier parce qu'elles sont fondées sur des causes d'indignité qui sont personnelles au débiteur ». Cette décision fut l'objet d'un recours en cassation, mais le pourvoi ne concernait pas cet aspect de la question.

D'ailleurs, il est admis que le bail d'une maison de tolérance n'est pas opposable à l'acquéreur d'un immeuble (52), et qu'il est en droit de le faire tomber s'il est entaché d'une immoralité voulue par le vendeur.

**

Les obligations immorales ou contraires aux bonnes mœurs sont donc frappées de nullité radicale que le juge peut opposer d'office.

L'exécution en est interdite et si l'accès des tribunaux est accordé aux individus taxés d'indignité c'est uniquement pour faire constater cette nullité soit par voie d'action principale soit par voie d'exception.

Tous les intéressés, tiers ou ayants cause, peuvent dans certaines limites se prévaloir de cette nullité.

En un mot, une telle convention est inexécutable.

Mais quelle attitude faut-il observer en face d'une exécution volontaire partielle ou totale ?

Cette question fait l'objet de notre troisième partie.

(51) Toulouse précité, 1872. D. P., 1873, 1, 65.

(52) Paris, 2^e ch., 16 mars 1926. G. P., 1926, 179. Egalement sur ce point civ. Seine, 25-11-36. G. P. 37, 1, 26 p.

TROISIÈME PARTIE

LES EFFETS D'UNE EXÉCUTION LIBREMENT CONSENTIE PEUVENT-ILS ÊTRE SUPPRIMÉS ?

Dans cette troisième partie, nous préciserons tout d'abord ce qu'il faut entendre par « exécution librement consentie ».

Puis nous aborderons la question de savoir si le problème de l'indignité et du refus d'action se pose, dans ce cas, de la même manière que pour le refus d'action.

En abordant l'étude de la répétition qui est le moyen le plus couramment employé, nous expliquerons l'origine et la portée actuelle de la règle *Nemo auditur suam turpitudinem allegans*.

Ses imperfections que nous constaterons nous amènerons à parler de la confiscation, et après avoir posé tous ces principes nous rechercherons s'il n'y a pas dans certains cas, des exécutions légitimes et valables.

QUE FAUT-IL ENTENDRE PAR LIBREMENT CONSENTIE ?

On sait qu'en matière ordinaire l'erreur sur certains points nettement prévus par la doctrine et par le Code suffit pour entraîner la nullité. Peut-il en être de même dans le cas spécial de l'immoralité ? Autrement dit, pour se défendre contre une demande en nullité, peut-on prétendre avoir été la victime d'une tromperie ? Cette question est délicate, car il s'agit de rechercher si l'erreur sur la « nature morale ou immorale » d'une convention peut être considérée comme motif valable d'inexécution, ou d'exécution répétable. Il ne s'agit pas simplement d'une erreur sur la cause, puisque nous avons vu plus haut que cette notion a été élargie aussi bien par la doctrine que par la jurisprudence et qu'en notre matière il faut lui donner une étendue qu'elle n'a pas ailleurs. Mais le signataire d'un contrat pourra-t-il prétendre qu'il est victime d'une erreur, en ce sens que ses conceptions personnelles lui faisaient paraître morale une obligation immorale ? On se rend compte des dangers auxquels on s'exposerait en s'engageant sur ce chemin ; et la sincérité vérifiée d'une telle prétention pourrait tout au plus servir à présumer la bonne foi. Faudra-t-il également admettre comme motif d'erreur, l'erreur sur la destination ? Nous sommes alors dans un cas d'erreur sur le motif qui est, selon la règle générale, indifférente en ce qui concerne la validité du contrat. Mais il convient de remarquer que cette destination prend en l'espèce une importance si grande qu'elle doit être considérée. Il y a, à notre avis, une sorte d'abus de confiance à obtenir un consentement qui ne serait pas donné si le but immoral était connu.

Ceci étant bien défini, dans quels cas peut-on envisager une répétition ?

Il n'est pas besoin de longs développements pour faire comprendre que, malgré l'interdiction d'accomplir des actes immoraux, les individus se soumettent souvent de leur plein gré à des obligations interdites par la loi et les tribunaux.

Prenons pour exemple le cas très fréquent d'un contrat synallagmatique exécuté en toute liberté d'esprit et de but, par l'un des contractants. L'autre, après avoir bénéficié de la prestation effectuée, peut avoir l'idée d'invoquer l'immoralité de son obligation pour ne pas effectuer sa contre-prestation. On arrive alors à un déséquilibre injuste. C'est le cas de la fille publique qui, après avoir consenti aux complaisances qu'on exige d'elle, ne peut obtenir le paiement de son salaire. C'est encore le cas du directeur d'une maison de jeu qui, après avoir avancé de l'argent pour entretenir la partie, se trouve dans l'impossibilité de rentrer dans ses fonds, du fournisseur d'une maison de tolérance qui réclame en vain le règlement de ce qui lui est dû.

Les uns et les autres se trouvent dans une situation fausse.

Convient-il d'y mettre un terme ou faut-il au contraire leur appliquer la théorie du risque en les laissant à leur malchance ? C'est alors que se pose sous un jour nouveau la question de l'indignité à agir en justice, et de la possibilité pour les juges de prêter leur concours à corriger ou à compléter des actes que la loi ne fait que tolérer.

En toute équité, on peut se poser la question de savoir si l'une et l'autre partie ont eu connaissance de

l'immoralité ? ou si, au contraire, celui qui n'a pas encore exécuté connaît seul le vice de son obligation, ou bien encore si cette immoralité consciente est seulement le fait de celui qui a exécuté ?

La question se posait sous un aspect absolument différent lorsqu'il s'agissait simplement de savoir si le demandeur en annulation était recevable à exprimer ses regrets pour la participation consciente ou non à un acte défendu. Nous étions, plus haut, avant l'exécution, nous sommes maintenant pendant cette exécution.

Nous avons vu plus haut que l'article 1131 Code civil précisait d'une manière formelle qu'une obligation immorale ne devait avoir aucun effet. Logiquement, on ne doit donc pas admettre que cette disposition soit violée, et toute exécution effectuée, étant un « effet » doit être supprimée.

La question serait simple si la règle romaine *Nemo auditur turpitudinem suam allegans* n'entraînait en jeu, complétée par l'adage *In pari causa melior est causa possidentis* ou *Cessat repetitio* ».

CHAPITRE PREMIER

QU'EST-CE QUE CETTE RÈGLE ? « NEMO AUDITUR » (1)

Une règle trouve toujours son origine dans une idée ; en l'espèce, il s'agit d'éviter que le remord de conscience ne soit utilisé pour une fin immorale. En termes simples et clairs, il s'agit de lutter contre l'hypo-

(1) Cf. WAGNER, *Nullité de la cause illicite*, thèse, Paris, 1900. ARLES. *De la cause illicite*, thèse, Montpellier, 1903, p. 136. SAVATIER, thèse, Poitiers, 1916. Notes : DUBOIS S., 74, 1, 241 ; PONCET D. P., 96, 1, 465 ; MEYNAL S., 90, 2, 97 ; APPERT S., 96, 1, 289 ; NAQUET S., 1913, 1, 297 ; SAVEY CASSARD, *Le refus d'action p. cause d'indignité*, 1930.

crisie. Toute la question est de savoir si elle doit être admise sans réserve et appliquée d'office à tous les cas, ou si, au contraire, la morale et le droit ne conseillent pas la prudence dans le seul but d'éviter qu'une adhésion radicale et intransigeante à ce principe ne soit dans ses excès une cause d'injustice. Pour reprendre une expression souvent citée il ne faut pas que ce soit le plus habile des coquins qui s'en tire le mieux (2).

Section I

Historique

L'adage *In pari causa cessat repetitio* nous est venu du droit romain classique. Le formalisme du droit primitif appréciait la valeur d'un contrat sur de simples questions de forme, et l'évolution permit peu à peu aux magistrats d'examiner le but (3). Ils distinguèrent ensuite l'*Utriusque turpitude* et la *turpitude accipientis solius*. A l'époque impériale la *Condictio ex injusta causa* renforça les pouvoirs du prêteur, et il fut admis qu'en semblable cause le possesseur devait avoir la préférence. C'était donc admettre l'impossibilité de répéter et le refus d'action en justice pour indignité. On discute sur le point de savoir si le droit romain faisait application de cette règle aux actes illicites ou aux actes immoraux. Il convient à ce sujet de remarquer que les deux sont réunis dans une même *condictio* : *Vel turpem vel injuriam causam*. Il ne semble pas qu'il y ait eu cloison étanche entre ces deux types d'actes, mais plutôt que la règle ait été appliquée ou écartée selon les espèces (4).

(2) GUIRAUDET, *Essai sur la maxime...*, p. 54.

(3) Thèse SAVATIER *précitée*. Id. SAVEY CASSARD.

(4) SAVEY CASSARD, p. 26 et suivantes.

C'est enfin à l'époque impériale que la notion d'indignité se dégagea nettement ; si quelqu'un voulait utiliser un titre immoral : *Audeat dicere audiri non debet, nec heredes ejus.*

L'Eglise catholique marqua de son influence la formation de cette théorie. C'est dans une décrétale d'Innocent III que la règle *Nemo auditur turpitudinem allegans* fait son apparition (5). L'aspect véritablement moral se développe de plus en plus et l'on cherche surtout à éviter que la règle ne profite au coupable. Le manque de souplesse de la règle *In pari causa* est cause de sa défaveur. Il ne s'agit donc plus seulement de savoir si la turpitude est égale. L'analyse plus finement poussée distingue la turpitude commune et la turpitude unilatérale soit du *tradens* soit de l'*accipiens*.

L'adage *In pari causa* devient alors une maxime d'intérêt public. Sa rigueur permet de limiter les applications de l'adage *Nemo auditur*. Faire répéter, c'est entraîner le défendeur au crime, s'il est cupide ; on tolère donc le mal pour éviter le désordre public. La réaction contre la bonne fortune de la règle *Nemo auditur* ne tarda pas à se faire sentir. Grotius s'aperçut qu'un contrat nul pouvait laisser subsister une obligation de conscience à accomplir une prestation promise (6). Pothier épousa cette théorie (7).

Toutes ces théories et toutes ces solutions enchevêtrées ne pouvaient aboutir à des solutions bien cohérentes qui ne s'éclaircissent pas au cours de siècles suivants.

(5) Décret de Grégoire IX, livre III, 29, ch. 8.

(6) GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. Barbeyrac, Bâle, 1768, livre II, ch. XI, 9.

(7) POTHIER, *Traité des obligations*, édit. Bugnet, no 45.

L'adage fut tour à tour admis ou limité, et c'est avec raison que M. Savey Cassard fait remarquer que « parler de la valeur traditionnelle de la règle est un argument boiteux ».

Section II

Le Code civil et l'adage

Les rédacteurs du Code civil ont-ils admis cet adage dans notre législation ? Les auteurs sont très partagés sur ce point. Les premiers commentateurs admettent que la règle est toujours en vigueur (8). D'autres auteurs le rejettent au contraire (9). Capitait l'admet parmi les principes directeurs de la jurisprudence selon les espèces. La même solution est approuvée par Planiol et Ripert (10).

La question la plus importante est celle de savoir si l'article 1131 du Code civil est ou non compatible avec l'admission de l'adage. Tout dépend de la façon dont on l'interprète. Faut-il entendre par les mots « ne peut avoir aucun effet » qu'il faut supprimer tout résultat acquis, c'est-à-dire retirer tout effet obtenu ? Cette so-

(8) MERLIN, *Questions de droit. Cause des obligations*, Par. 1, note 2. DELVINCOURT, t. II, p. 687. TAULLIER, t. VI, n° 126 et t. XI, n° 62. PONT, *Petits contrats*, t. I, n° 663. AUBRY et RAU, 5^e éd., t. VI et 442 bis, note 8, p. 322. LAROMBIERRE, *Obligations*, 2^e éd. t. I, art. 1133, n° 10.

(9) LAURENT, t. XVI, n° 164. DEMOLOMBE, *Contrats*, t. I, n° 382. HUC, t. VIII, n° 392. BAUDRY LACANTINERIE et BARDE, *Obligations*, t. I, n° 316. MEYNAL, note S. 90, 2, 97 et 91, 2, 89. DUBOIS S. 74, 1, 241.

(10) CAPITANT, *La cause des obligations, passim*. PLANOL et RIPERT, *Traité de D. C.*, T. VII, 748 et 751.

lution semble s'opposer au maintien de la maxime et on admet la répétition (10).

Faut-il, au contraire, admettre que l'article 1131 refuse toute action et que les parties ne peuvent demander ni le paiement du prix ni la restitution (11) ?

Cette seconde solution ne s'oppose pas au maintien de l'adage. Mais, il faut, pour soutenir ce point de vue, faire de l'action en répétition une conséquence directe de l'obligation sur cause illicite. Est-ce bien exact ? Et la conséquence pratique de cette manière de voir ne serait-elle pas, en rendant inattaquable une obligation illicite, de la rendre plus résistante que les obligations à cause licite ?

M. Savatier estime (12) qu'il ne s'agit pas « d'exciper » sa propre turpitude pour réclamer la restitution, mais uniquement de prouver qu'un bien a changé de patrimoine. Il s'agirait donc simplement de prouver un simple fait, et cette preuve totalement étrangère à la moralité ou à l'immoralité de la prestation ne saurait être interdite par l'adage. Or, s'il est exact qu'il s'agisse

(10) Civ., 1884, S., 84, 1, 266. Toulouse, 4 mars 1885 et civ. 29 juin 1885., S., 85, 1, 249. Civile 25-1-1887. D., 87, 1, 465. Rouen, 30-1-1894., G. P., 94, 1, 322. Lyon, 19, 2, 1896, G. P. 96, 2, 102. Poitiers, 28-12-96, G. P., 97, 1, 114. Rouen, 24-12-1901. D., 1902, 2, 398. Paris, 27-3-1902, G. P., 1902, 2, 132. Req., 24-11-1902, D. 1903, 1, 80. Paris, 12 juin 1912, G. P. 1912, 2, 33. Aix, 28-2-1923, G. P., 1923, 1, 759. Civile, 25, 1, 21, D. 1924, 1, 304. Belfort 4-12-1924, D., 1925, 2, 70. Seine, 25-11-36, G. P., 37, 1, 268.

(11) Paris, 4-2-1854. D., 54, 2, 149. Montpellier, 2 juin 1868., Cass. civ., 13 juin 1870, S., 70, 1, 357. Civile, 15-12-1873, D., 74, 1, 222.

Caen, 29-7-1874, D., 75, 2, 128. Req., 12-12-1876., S., 77, 1, 299. Seine, 10-2-1882, G. P., 81, 82, 1, 366. Orange, 8 mai 1883. Uzès, 17-2-86. G. P., 86, 1, 802. Douai, 24-10-87, G. P., 87, 2, 527. Caen 23-2-1905. G. P. 1905, 2, 27. Req. 17-7-1905 D. 1906, 1, 72. Req., 15 mars 1911, D. 11, 1, 382. Trib. Com. Seine, 4-12-1926, D., 22, 2, 55. Paris, 1-2-1930, D. H., 1930, 2, 218. Req., 23-3-31. G. P. 1931, 1, 676.

(12) Thèse précitée.

simplement de prouver le passage d'un bien d'un patrimoine dans un autre, il faut également établir que ce passage a eu lieu sans cause ou sur cause immorale. Il ne peut en effet être question de paiement de l'inductant qu'il n'est pas établi que l'exécution ne correspond à aucune obligation. Il convient d'ailleurs de noter que l'adage n'est pas toujours en contradiction avec l'article 1131 du Code civil. Si le demandeur en répétition a ignoré la turpitude, il peut, sans aucun doute, et dans la double alternative du rejet ou de l'admission de la maxime, introduire sa demande. De son côté, le défendeur, qui a reçu, en toute connaissance de cause, l'objet de la demande en répétition, ne peut, en vertu de l'adage, utiliser sa turpitude comme défense. Il n'y a donc pas opposition entre ces deux principes dans le cas de turpitude unilatérale de l'*accipiens* ; mais il semble impossible de les concilier dans le cas de turpitude du *tradens* demandeur en répétition, connaissant sa turpitude, ou de turpitude commune.

Section III

Les articles 1235 et 1967 et la maxime

On objecte encore, à l'encontre de cet adage, que le législateur a précisé au deuxième paragraphe de l'article 1235 Code civil, après avoir établi le principe de la répétition de l'indu, que « la répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées ». Et le législateur précise encore plus loin à l'article 1967, en traitant du jeu et des contrats aléatoires, que « dans aucun cas, le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé, à moins qu'il n'y ait eu, de la part du gagnant, vol, superche-

rie ou escroquerie ». Devant ces deux textes, on se demande pourquoi ces deux exceptions très nettes auraient été prévues, sans être étendues aux obligations immorales. Il semble donc que ce soit de propos délibéré que le législateur n'ait pas édicté de règle spéciale en ce qui concerne les obligations immorales (13).

Il semble, en effet, que dès l'instant où le rédacteur du Code a pris soin de déterminer les limites d'application des principes établis par lui, il n'y a qu'à les appliquer limitativement, et permettre la répétition dans tous les autres cas.

L'article 2279 Code civil s'oppose-t-il formellement à la restitution des prestations mobilières même si elles sont effectuées pour cause immorale ? C'est là un cas particulier et non pas un argument favorable au principe lui-même. La question se pose de savoir si le législateur qui établit une présomption favorable au détenteur d'objets mobiliers aurait, s'il en avait eu l'intention, prévu une exception à cette règle pour le détenteur immoral. Mais cet argument n'a pas la même valeur que celui exposé plus haut et en sens contraire. Il n'y a, en effet, en ce cas spécial, aucune exception prévue dans le Code. Or, les articles 1131 et 1133 constituent par eux-mêmes une exception à toutes les règles du Code concernant les contrats et obligations normales, y compris l'article 2279. D'ailleurs, il a été parfois reconnu que l'action personnelle en restitution pouvait être utilisée dans ce cas (14).

(13) Vervins, 21 juillet 1911, G. P. 12, 2, 136 et *contra*, arrêt d'Amiens, sur le jugement, mêmes références.

(14) Cf. Vervins, 21-7-1911, précité et *contra* Amiens, même référence. BAUDRY LACANTINERIE et TISSIER, *De la prescription*, 3^e édition, nos 559 et 560, nos 836 et 838. AUBRY et RAU, 4^e éd., t. II, no 115, note 26.

Section IV

L'adage est-il nécessaire ?

Il est donc établi que l'adage n'est transcrit dans le Code ni dans sa forme originale ni dans une forme adaptée et qu'il est contraire, à certains articles de première importance.

Rappelons, tout d'abord, que tout le droit n'est pas écrit dans le Code, et que le législateur ayant pour unique souci de faire triompher le bon droit, il faut, sans excès d'interprétation et sans étroitesse d'esprit ou abus de logique, comprendre le Code tel qu'on a voulu l'écrire.

Toute la question est donc de savoir s'il y a avantage quelconque à utiliser l'adage.

Son premier effet est d'empêcher, par le refus de répétition, de remettre les choses au *statu quo ante*, c'est-à-dire de supprimer l'acte et tous ses effets de telle sorte qu'il n'en subsiste que le souvenir.

Or, cette solution est à notre avis préférable au maintien des choses au *statu quo* actuel, c'est-à-dire au maintien des positions prises, mais à l'interdiction de tout effet nouveau.

On peut, évidemment, répondre qu'on n'est jamais certain de détruire entièrement les effets d'un contrat qui peuvent être très étendus par leur coïncidence sur les tiers ou ayants cause.

Mais il n'en est pas moins vrai que les tiers et les ayants cause hésiteront davantage à se lier aux contractants immoraux sachant que la solvabilité de leurs partenaires est en fonction de l'existence d'un contrat, dont la disparition totale et rétroactive est toujours possible.

Y a-t-il intérêt, par souci d'une justice plus exacte et plus minutieuse, et pour se rapprocher des circonstances, à rechercher si la turpitude est un fait commun au *tradens* et à l'*accipiens* ? Ou si elle est, au contraire, le fait d'un seul ?

On sait en effet, que l'adage romain ne s'oppose à la répétition qu'au cas d'immoralité commune ou du seul *tradens* (15).

Nous croyons cette distinction superflue et nous pensons que les dispositions du Code civil sont suffisantes pour inspirer des décisions équitables.

Prenons un exemple pratique : soit une agence matrimoniale coupable d'avoir passé avec un candidat au mariage un contrat présentant les caractéristiques de la convention immorale (16). Si l'agence matrimoniale sait par avance qu'elle peut passer, sans crainte de répétition, les contrats les plus variés, elle peut vivre impunément en marge de la loi. Si l'on veut, avant d'accorder la répétition, rechercher si les deux parties contractantes ont été complices dans leur immoralité, on s'engage dans un terrain bien dangereux ou l'appréciation du juge, malgré sa compétence, peut conduire à bien des erreurs. Comment prouver, en effet, que le « candidat au mariage » savait ou ignorait l'immoralité de son contrat qui dépend des clauses contenues auxquelles il a souscrit peut-être sans les lire. Tel signataire a les connaissances nécessaires pour le savoir, tel autre ne peut que les ignorer. Nous admettons que « nul n'est censé ignorer la loi ». Mais n'est-ce pas souvent sur

(15) Cf. Droit Romain GIRARD, éd. 1898, p. 609, note 3 et les références sur la *Condictio ob turpem vel injustam causam*.

(16) Cf. infra : exemples rapportés.

l'ignorance possible d'un plaideur que l'on appuie la présomption de bonne foi. Dans ce premier cas, il semble que le danger d'erreur d'appréciation mérite d'être pris en considération. Certes, la turpitude commune est parfois incontestable. Mais, dans ce cas, il est certain que la condition la meilleure est celle du courtier (*Melior est*). Il sera donc bénéficiaire de l'immoralité commune, et la morale ne pourra que souffrir de cette faveur inexplicable. Or, si on ne peut, pour cette raison, annuler un mariage (assurément parfait), il est monstrueux d'admettre que la fortune du « courtier en mariage » puisse être bâtie par l'accumulation de bénéfices réprouvés par la loi.

On se retranchera derrière cet argument plus solide : le courtier qui est l'*accipiens* a toujours connaissance de son immoralité (ou tout au moins on peut le présumer avec certitude) et dans ce cas, la règle *Nemo auditur...* autorise la restitution, puisque le *tradens*, demandeur en répétition n'a commis aucune faute. Mais dans le cas où le *tradens* obtient du courtier la signature d'un contrat dont le courtier seul ignore l'immoralité, on ne peut lui demander la répétition, puisqu'il n'a rien fait de mal, et que seul le demandeur a commis une faute. A ceci, nous répondrons que, puisque le courtier se targue de sa moralité, les tribunaux ne sauraient lui rendre de meilleur service que de lui indiquer sa complicité involontaire. On nous dira sans doute que la rigueur juridique se place au moment de la signature, et qu'il n'appartient pas aux tribunaux d'indiquer une erreur. Nous répondrons alors que ce n'est pas le tribunal qui indique l'erreur, mais qu'il suffit au défendeur à la répétition de lire les conclusions du demandeur im-

moral pour la connaître. Personne ne peut empêcher le demandeur en répétition de signifier sa demande à l'*accipiens* qui, dès cet instant, devient son complice, s'il persiste, puisqu'il ne peut garder l'argent reçu sans exciper à son tour de la turpitude qu'il n'ignore plus. Car il faut bien se rendre compte que, s'il repousse l'idée de répétition c'est en se basant sur sa contre-presentation, et que c'est précisément elle qui est immorale, à son insu peut-être, mais cela ne lui retire pas ce caractère.

Nous retombons donc dans le cas précédent avec cette différence qu'il y aura eu dans le passé bonne foi de l'*accipiens*. Au surplus, tout le monde admet qu'en matière de convention immorale, la théorie générale de l'erreur ne doit pas être appliquée intégralement. Il n'y a donc pas lieu de prouver que l'un des contractants s'est trompé ou a été trompé au moment du contrat (17), le fait essentiel étant bel et bien l'immoralité.

Nous sommes donc, dès cet instant, en présence de deux adversaires qui sont l'un et l'autre fixés sur la valeur du contrat qui les unit. L'*accipiens* actionné en répétition ne peut à son tour s'opposer au succès de la demande nouvelle dont il est l'objet, qu'en invoquant l'immoralité du contrat. Le *tradens* lui dit en effet : « J'ai fait une faute, je le reconnais, supprimons donc toutes les traces qu'il est possible de faire disparaître » et l'*accipiens* lui répond : « Vous avez fait une faute, je ne peux le contester, mais j'y trouve mon profit... et je le garde, même si la morale doit en souffrir. » Sa position est donc mauvaise dans cette action entièrement

(17) PLANIOL et RIPERT, Traité élémentaire de D. C., 1932, t. II, p. 298, n° 845.

nouvelle (18) qui n'a pas pour base le contrat mais uniquement le paiement effectué sans cause ou sur cause nulle. Sans doute cette demande en répétition ne sera exercée dans la pratique que dans le cas où le *tradens* y trouvera son intérêt. Mais croit-on que l'*accipiens* refuse la restitution par motif purement désintéressé ? L'un ne vaut pas mieux que l'autre, et nous ne comprenons pas pourquoi certains juristes prétendent défendre l'un contre l'autre.

L'article 1376 du Code civil précise d'ailleurs que celui qui a reçu indûment est soumis à répétition, qu'il ait reçu « par erreur ou sciemment ». On peut donc en déduire que s'il a exécuté sans s'en rendre compte un contrat nul il doit revenir sur cette exécution puisque, au surplus, dans le cas qui nous intéresse, il ne peut valablement ratifier tacitement ou expressément.

Notre raisonnement peut sembler boiteux, et il le serait, en réalité, s'il n'était tempéré par l'adoption de théories soutenues par M. Savatier dans sa thèse. L'*accipiens*, victime d'une injustice (puisque'il n'a connu que tardivement l'origine de son bénéfice et ne pourra répéter en l'espèce le mariage fait grâce à lui) ne sera tenu à répétition que dans les limites mêmes de son immoralité. Il gardera les sommes nécessaires pour le dédommager de ses démarches et ne remboursera que la partie de sa commission frappée de nullité pour cause immorale.

On ne pourra donc reprocher au demandeur en répétition d'avoir bénéficié gratuitement d'un service... en d'autres cas de s'être enrichi sans cause.

(18) Cf. SAVATIER Thèse précitée, p. 384.

Ainsi l'article 1131 sera satisfait, le courtier sera payé de son activité permise. La morale et l'équité sont donc conciliées.

A notre avis, la distinction des trois éventualités n'est donc pas utile et il nous semble que les dispositions du Code civil, tempérées par la notion de l'enrichissement sans cause sont suffisantes.

Il ne faut cependant pas être trop absolu dans le rejet de cette maxime.

La règle *Nemo auditur* peut, en effet, s'appliquer dans certains cas, tout au moins si on la considère comme contenant en elle-même le principe d'indignité.

Supposons que le tenancier d'une maison de tolérance, après avoir acheté des fournitures, refuse le paiement de ce qu'il a reçu en utilisant la nullité de son contrat. Si les marchandises peuvent être restituées, il doit les rendre ainsi que nous le verrons plus loin, étant admis toutefois que les frais de transport doivent rester à sa charge. C'est donc un premier cas d'exécution partielle qui laisse supposer que le défendeur ne peut exciper de son immoralité pour refuser ce paiement. D'autre part, si la marchandise est consommée, qu'elle est « possédée » par un sous-acquéreur, ou que, pour une autre raison, elle ne peut être répétée, l'acheteur ne pourra refuser de payer ce qu'il doit payer. Mais il est acquis, dès maintenant, que là encore il ne peut exciper de son immoralité pour refuser de payer sa dette.

Notons, alors, que le principe de la règle *Nemo auditur* est admis pour éviter que ces refus de payer ou d'exécuter ne soient une cause d'appauvrissement pour le créancier.

L'esprit de l'article 1131 est bien de retirer tout effet à l'immoralité. Le résultat des règles romaines est trop souvent de les tolérer et de les laisser subsister dans la société. Entre deux maux, il faut choisir le moindre, c'est ce que nous avons fait en optant pour l'application exacte des textes du Code que le maintien des maximes ne peut que compliquer inutilement.

Section V

L'adage est-il un remède préventif efficace ?

On peut toutefois se poser la question de savoir si la perspective du refus d'action peut avoir pour effet salubre de faire réfléchir ceux qui voudraient souscrire à un engagement immoral. Autrement dit, la règle *Nemo auditur* ne serait-elle pas un remède préventif efficace.

Il faudrait pour apprécier cette question en toute connaissance de cause faire une étude sociale appuyée de statistiques indiquant en fonction de la faveur ou de la défaveur de l'adage, l'augmentation ou la diminution des engagements immoraux. Ne pouvant la faire, jugeons les choses, dans le principe, et voyons si, au contraire, la perspective de la répétition n'est pas plus efficace.

Imaginons un fournisseur sollicité par le tenancier d'une maison de tolérance de lui procurer certaines denrées. L'un et l'autre savent que toute action en paiement ou en exécution leur est interdite. Ils ont pour unique souci d'obtenir la livraison immédiate, et le paiement comptant. De cette manière, s'ils savent aussi que la répétition et la restitution sont impossibles ils jouis-

sent d'une tranquillité parfaite. Il en serait de même pour le courtage matrimonial, et en règle générale pour toutes les conventions qui gagnent à être ignorées de la justice.

Si l'on admet, au contraire, que la répétition peut venir bouleverser les conventions, même exécutées, pour peu que l'une des parties soit prise de remords et y trouve son intérêt ou seulement qu'un tiers ou un ayant cause soulève la question et la porte devant les tribunaux, nous sommes en pleine incertitude. La nullité sévère qui est la règle en notre matière, n'aboutit plus seulement à tolérer des obligations éloignées d'office du contrôle de la justice. Elle rend le contrat aléatoire (sans pour cela s'opposer à l'impossibilité d'exécuter en justice, bien au contraire). Ce dernier remède préventif nous semble plus efficace, puisque les contractants ne trouvent même plus leur sécurité dans la rapidité avec laquelle, ils obtiennent l'exécution de leur partenaire (19).

Section VI

La jurisprudence

Nous avons vu que la doctrine était très partagée sur le refus ou l'admission de la règle ; il est intéressant de suivre l'évolution de la jurisprudence.

La jurisprudence du xix^e siècle rejeta tout d'abord l'application de l'adage en matière de contrat illicite lorsqu'il y avait simulation (20). C'est là le seul point

(19) C'est d'ailleurs l'opinion de M. ESMEIN, note Sirey, 1931-1-49. Naquet note sous cas., req., 17-11-1909 et 21-3-1910, S., 13, 1, 297.

(20) Pau, 11 juillet 1834, sous req., 25 août 1835. D., 35, 1, 404. Limoges, 8-1-1824. Conclusions de GUILBERT, S. 1824, 2, 228. Riom, 14-1-1837. S., 37, 2, 422.

sur lequel elle était fixée. Tout en admettant la légalité de l'adage, elle restait hésitante sur le mode d'application. Mais peu à peu le prestige des rédacteurs du Code s'estompant dans le passé, on réduisit l'article 1131 à une interprétation de la maxime (21) pour refuser la répétition.

Ce principe souffrit bientôt des exceptions. Dès le début du XIX^e, on trouve des décisions contraires (22). C'est d'ailleurs pendant la même période que l'on revient à la distinction entre l'acte illicite et l'acte immoral, étant admis que le repentir du demandeur en répétition peut être considéré comme conciliable avec les bonnes mœurs (23). Troplong essaie de rattacher cette tendance au droit romain (24). La jurisprudence admettait effectivement d'ailleurs la répétition dans certaines matières intéressant l'ordre public telle que les cessations illégales d'officines de pharmacie, la dissimulation fiscale, les nullités de société, etc., mais refusait de l'appliquer en invoquant la règle *Nemo auditur* aux maisons de tolérance... Contrats de clause. Il faut d'ailleurs noter l'impossibilité de déterminer le critérium exact de distinction admis à cette époque. Mais un fait est certain, c'est que toutes les décisions sont inspirées par le souci de respecter le Code civil, en élargissant et

(21) DELAMARRE et LE POITON, *Traité du contrat de commission*. Paris, 1840, t. I, p. 111.

(22) Paris, 23-4-1814, S., 1815, 2, 238 à propos d'une démission de fonctionnaire. Rouen, 22-2-1831. Civ., 13 mai 1833. D., 33-1-47, à propos de la cession d'une officine à un pharmacien non diplômé. Premier échec de la maxime.

(23) Cf. CHARDON, *Traité du dol et de la fraude*, t. II, p. 101, et t. III, p. 93 et 95. Le repentir après l'exécution peut être admis s'il n'est contraire qu'à l'ordre public, refusé s'il est contraire aux bonnes mœurs.

(24) TROPLONG, *Contrats aléatoires*.

en assouplissant dans un sens ou dans un autre le sens et la portée de l'article 1131 du Code civil.

La question de la cession des offices ministériels et des contre-lettres donna à l'évolution de cette question une impulsion nouvelle (25). La nullité des contre-lettres était en effet l'origine de procès nombreux inspirés par une mauvaise foi manifeste. Il fallait d'une part assurer le respect de la loi et par conséquent admettre la répétition avec toutes ses conséquences, et d'autre part éviter le chantage consistant à entraîner le consentement du cédant par une signature aussitôt contestée. Malgré cette dernière conséquence, la doctrine et les tribunaux inclinèrent à refuser jusqu'à l'idée de l'obligation naturelle subsistant derrière une contre-lettre sans effet. La règle *Nemo auditur* fut vivement combattue et cette mêlée fit ressortir toutes ses faiblesses, puisqu'on en vint même jusqu'à la rejeter formellement du Droit français (26).

Sous l'influence de l'école de l'exégèse et de la doctrine de l'inexistence, la règle *Nemo auditur* subit un nouvel assaut, « le néant ne peut rien produire », et, partant de cette constatation que « rien n'a été fait » et qu'il n'existe rien, on élargit l'article 1131 et on repousse complètement la règle romaine qui n'est écrite nulle part.

Mais cette victoire n'était pas définitive et la règle *Nemo auditur* subsistait toujours. Lorsque la convention a une cause illicite ou contraire aux bonnes mœurs, et que la turpitude est commune aux deux parties, les

(25) Cf. La relation de l'évolution de la jurisprudence sur ce point, SAVEY CASSARD, *Le refus d'action pour cause d'indignité*, p. 109 et suivantes.

(26) Limoges, 16-4-1845., D., 46, 2, 191.

sommes payées en vertu de la convention ne peuvent être répétées. Dans le même cas, les parties ne sont pas fondées à réclamer l'exécution (27). Cependant on admet que l'action est ouverte aux créanciers de celui qui a payé, même si la turpitude est commune aux deux parties (28).

La théorie de l'indignité soutenue par Larombière trouva son application dans la jurisprudence relative aux professions honteuses (29).

Notons dès maintenant l'opposition de la Chambre civile et de la Chambre des requêtes. La première accordant la répétition et la seconde la refusant systématiquement (30).

La jurisprudence des tribunaux et des cours d'appel reflétait cette opposition des deux Chambres. Il fut jugé que « l'obligation sur cause fausse ou sur cause illicite ne pouvant avoir aucun effet, elle n'était pas susceptible de ratification expresse ou tacite (31) et qu'il fallait accorder la répétition, sans se préoccuper de savoir

(27) Cf. Cass., 15-12-1873, D. P., 1874, 1, 222. Caen, 29-7-1874, D. P., 1874, 2, 128.

(28) Toulouse, 21-7-1874, D. P., 73, 1, 65.

(29) Civ., 15-12-1873, S., 74, 1, 241. Uzès, 17-2-1886, G. P., 86, 1, 802. Dunkerque, 8-4-1886, G. P., 86, 2, 15. Bourges, 13-6-1889, D. 89, 5, 329. Rennes, 21-2-1890, G. P. 90, 1, 604. Seine, 17-7-1916, G. P., 91, 2, 528. Limoges, 6 juin 1888, G. P., 88, 2, 268. Paris, 80, 12, 99, G. P., 1900, 1, 132. Orléans, 26-11-1861, D. P., 62, 2, 7. Seine, 14 mai 1867, J. T. C., 1867, 509. Toulouse, 18 mars 1927, G. P., 1927, 1, 756. Nice, 18-11-1909, G. P., 1909, 2, 626. Cas. civ., 15-12-1873, D., 74-1-122. Cas. req., 1-4-1895, G. P., 95, 1, 572 ; 17-7-1895. D. 1906-1-72. Trib. com., St-Etienne, 8-11-1906., G. P., 3, 2, 1907. Trib. com., Tours, 28-11-1930, S., 1931, 2, 66. Trib. civ., Seine, 25-11-36, G. P., 1937, 1, 268.

(30) Cas. civ., 11-2-84 et 24-1-87 et req. 1-4-95 et 4-7-1892, rapportés par Appert. Note au SIREY, 1896, 1, 290, c. c. 11-2-84, G. P., 1884, 1, 655. c. c. 25-2-87, G. P., 87, 1, 533.

Note MEYNAL, Paris, 16-11-88, S., 1891, 11, 89.

(31) Nantes, trib. com., 8-2-1908 (req. Nantes, 1908, 1, 279).

si les deux parties avaient pris une part égale dans la convention illicite. Le tribunal de Vervins reprit dans un jugement longuement motivé tous les arguments contraires à la règle *Nemo auditur* (32). Mais la Cour d'Amiens infirma cette décision (33).

En 1911, la Chambre des requêtes de la Cour de cassation maintenait encore son système accordant cependant la répétition quand la cause de la promesse n'était illicite que pour celui au profit duquel elle est faite (34).

De son côté, la Chambre civile persistait à ne pas faire de distinction et à accorder la répétition dans tous les cas (35). Capitant note à ce sujet d'ailleurs, que la Chambre civile n'a jamais prononcé formellement la condamnation de l'adage et qu'elle semble vouloir réserver sa liberté d'action pour l'avenir pour l'appliquer si l'occasion s'en présente ; toujours est-il que les décisions rendues par cette Chambre indiquent qu'elle a construit tout son système juridique sans faire appel à l'adage. Il serait pratiquement impossible de classer méthodiquement toutes les décisions rendues sur cette question pendant ces dernières années. Il semble cependant que la jurisprudence actuelle, sans renier catégoriquement la règle *Nemo auditur* ni se détacher de la théorie de l'indignité qu'elle applique parfois aux professions honteuses, est nettement orientée vers une ap-

(32) Vervins précité, même sens Seine, 25-11-36, G. P., 37, 1, 268.

(33) Amiens précité.

(34) Cas. req., répétition admise. Cas. 11-12-1888, G. P., 88, 2, 693. Répétition refusée, 15-3-1911, G. P., 1911, 1, 456 ; 17-7-1905, D. 1906-1-72.

(35) Cas. civ., 25-1-21, G. P., 1921, 1, 365 ; D. P. 1924, 1, 134, la cause illicite ne fait pas obstacle à la répétition, une obligation nulle n'engendre aucune dette. Ce qui a été payé sans être dû, doit être rapporté. Il s'agissait en l'espèce de turpitude commune (vente d'un remède secret).

plication étendue de l'article 1131 et de la répétition. Le retour au *statu quo ante* ne pouvait être, il y a quelques années encore, établi comme règle générale ; c'est chose faite maintenant, et la règle *Nemo auditur* semble bien réduite à l'état d'exception applicable à certains cas d'espèce.

*

Capitant, après avoir passé en revue les différentes espèces qui se présentent devant les tribunaux (et remarqué que la jurisprudence n'est restée constamment fidèle à l'adage qu'en ce qui concerne les maisons de tolérance), croit pouvoir souligner que l'adage est toujours repoussé quand il s'agit d'un contrat dont l'objet est prohibé par la loi ou contraire à l'ordre public, mais que par contre la répétition est interdite quand la prestation a été faite en exécution d'une convention contraire à la morale. A cela, nous nous permettons respectueusement de répondre qu'il est difficile de choisir le critérium de délimitation de la morale et des bonnes mœurs (36).

Au surplus, il n'est pas toujours exact que la répétition soit toujours refusée en matière de convention immorale. En voici des exemples relatifs au cas particulièrement visé par Capitant des maisons de tolérance. La valeur d'un fonds de commerce de maison de tolérance peut être répétée, même si l'acheteur a eu connaissance de ce vice (37). (La jurisprudence n'est cer-

(36) CAPITANT, *La cause des obligations*.

(37) Aix, 28-2-1923, G. P., 1923, 4, 759. Cas. civ. 25-1-21, G. P., 21, 1, 365. Toulouse, 28-11-1930, S., 1931, 2, 66.

tes pas unanime sur ce point.) Il a été admis également de nombreuses fois que des factures de travaux effectués dans des maisons de tolérance sont réductibles. Quant aux fournitures et au mobilier, la répétition a déjà été admise (38).

On écarte également parfois la règle *Nemo auditur* pour autoriser un contractant à tirer parti de l'existence de son bail (39). Il est bon de souligner sur ce dernier point qu'on ne se base pas tant sur la nullité du bail que sur l'existence d'un juste titre de propriété entre les mains du propriétaire, mais, outre que cette distinction est bien spécieuse, il est certain que sauf le cas de changement de destination en cours de bail, il est difficile d'admettre la pureté d'intention du bailleur au moment où il consentait la location.

Il n'est donc pas exact de dire que l'adage *Nemo auditur* est toujours maintenu en matière de conventions immorales.

Nous préférons la manière de voir exposée dans le traité de droit civil de MM. Planiol et Ripert (40). Après avoir constaté l'abandon par les tribunaux de toute abstention systématique, ils remarquent (sans d'ailleurs souligner l'opposition des deux Chambres de la Cour de cassation) que les tribunaux ont pour préoccupations principales : 1° de mettre fin à une situation dangereuse ou à un trafic malhonnête (sans distinction entre l'ordre

(38) Beauvais, 3-11-98, G. P., 98, 2, 499. Riom, 30-11-93, G. P., 94, 2, 75. Vervins et Amiens précités, G. P., 1912, 2, 137. 38 et 39 (*Amiens contra*).

(39) Lyon, 24 sept. 1892., G. P., 93, 1, 7. Paris, 26-12-1900. G. P., 1900, 1, 32. Aix, 22 mai 1928, D. H., 1928, 410. Alger, 15-4-1893, D., 94, 2, 528. Caen 29-7-1874. S., 75, 2, 98. Uzès, 17-2-86, G. T., 86-1-802.

(40) Cf. PLANIOL et RIPERT, 1934, t. VII, no 748-751.

public et les bonnes mœurs) ; 2° soit de créer l'insécurité pour celui qui a obtenu un résultat et qui en bénéficie (la répétition devant lui retirer cet avantage obtenu) ; 3° soit de ne pas consacrer l'enrichissement sans cause ; 4° soit encore de réparer les effets de la violence ou du dol.

Ces constatations indiquent bien que la tendance actuelle de la jurisprudence est de supprimer tous les effets de l'obligation immorale, c'est le retour au *statu quo ante*.

CHAPITRE II

IL NOUS RESTE ENCORE A RECHERCHER COMMENT IL FAUT RÉPÉTER

Par un arrêt rendu le 15 juin 1892 (41) la Chambre des requêtes consacra l'existence autonome de l'action *de in rem verso*. Il disait qu'il suffisait, pour utiliser cette action, « que le demandeur allègue et offre d'établir l'existence d'un avantage qu'il aurait, par un sacrifice ou un fait personnel, procuré à celui contre lequel il agit. »

Si l'on admet sans critique cette formule trop générale, il faut accepter l'action *de in rem verso* en matière d'obligation immorale sans rechercher si l'avantage fourni par un sacrifice ou un fait personnel est légitime et admissible (42). La Cour de cassation comprit cette erreur et la corrigea dans un arrêt des 12 mai 1914 et 2 mars 1915 en reprenant la formule d'Aubry et Rau

(41) D. P., 92, 1, 596.

(42) Cf. *Rev. trim. de D. C.*, 1922, p. 35, *L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile*.

(43). « L'action doit être admise dans tous les cas où le patrimoine d'une personne se trouvant, sans cause légitime, enrichi aux dépens de celui d'une autre personne, celle-ci ne jouirait, pour obtenir ce qui lui est dû, d'aucune autre action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit » ; il faut donc retenir dans cette définition l'élément de légitimité posé comme condition capitale, et l'impossibilité d'agir autrement (44).

L'emploi de l'action de *me rem verso* doit donc être limité. Les législations admettent d'ailleurs généralement ce point de vue. Le Code fédéral suisse dit dans son article 62 : « Celui qui s'est sans cause légitime enrichi aux dépens d'autrui est tenu de rembourser ». Le Code allemand est aussi précis : bien que soulignant moins énergiquement le caractère de légitimité, il emploie le terme sans doute moins directement appliqué à la question que nous étudions de « cause juridique » : « Celui qui, par une prestation ou de toute autre façon, obtient quelque chose sans cause juridique aux dépens d'une autre personne, est obligé à restitution envers cette personne » (art. 182) et il en est de même, est-il précisé plus loin, « si la cause de la prestation qui existait à l'origine, disparaît ultérieurement, ou si la cause future ou prévue ne se réalise pas. »

On peut se demander si cette condition de légitimité ne s'oppose pas à l'emploi de l'action « de *in rem verso* » en matière d'obligation morale. Nous ne le pensons pas. Le principe nettement posé que nul ne peut s'enrichir

(43) *Cours de droit civil*, 4^e édition.

(44) Cf. Cass. civ. 12-2-1923, D. P., 1924, 1, 129, note de M. ROUAST : req. 11-12-1928, D. H., 1929, 18.

aux dépens d'autrui doit trouver son application en notre matière. Le fait que le demandeur s'est enrichi de la prestation immorale ne donne pas à son enrichissement le caractère de légitimité. Demander ! obtenir ! et ne pas payer ! n'est-ce pas toujours abuser soit de l'ignorance, de l'inexpérience, soit même de la complaisance coupable. Et précisément cet enrichissement n'aura pas de cause légitime, en ce sens qu'il aura correspondu à une prestation immorale, non rémunérée. Il faut donc considérer uniquement le déséquilibre causé. Que faut-il donc entendre par ce mot légitime ? Il s'agit, à notre avis, des éléments de fait que l'on peut être amené à considérer dans chaque espèce. L'enrichissement peut correspondre à un geste de reconnaissance par exemple et l'utilité de cette précision est d'empêcher le bénéficiaire de l'enrichissement de « retenir » dans son patrimoine pour une cause que la loi ne peut accepter. Elle aboutit donc à justifier la répétition en matière de prestation immorale (somme avancée pour un service à rendre, etc.) Elle vient s'ajouter à toutes les raisons que nous avons exposées jusqu'ici de supprimer l'exécution commencée. Le demandeur en répétition ne jouit pas de cette seule action pour récupérer ce qu'il a indûment payé. Il dispose encore, et nous l'avons déjà signalé, du moyen élémentaire de l'annulation de son contrat qui, par voie de conséquence, entraînera la restitution. Notons d'autre part dès maintenant que dans certains cas que nous exposerons, il pourra demander le paiement.

Plusieurs alternatives peuvent se présenter : 1° Le *tradens* a effectué sa prestation par le versement d'une somme d'argent ou par un service effectué, mais n'a

rien reçu en échange. Dans ce cas, il faut envisager une double hypothèse. Ou bien la prestation fournie sera répétable. Dans ce cas la question ne présente aucune difficulté. Ou bien sa prestation ne peut être répétée. Si elle ne peut être répétée parce que déjà transmise dans le patrimoine d'un tiers, l'action exercée par le demandeur devra tendre au remboursement de la valeur de ce que son partenaire a reçu. Il convient alors de préciser que, partant du principe qu'une obligation immorale ne doit laisser aucun bénéfice, il ne faut accorder que le remboursement de la valeur exacte. Si elle ne peut être répétée parce que la valeur dont s'est enrichi le patrimoine du *récipiens* est extrapatrimoniale, il ne faut accorder que les frais exposés, nous avons d'ailleurs indiqué plus haut, en traitant du courtage matrimonial, les solutions apportées par la jurisprudence (45).

2° Le *tradens* a effectué sa prestation, il a lui-même reçu sa contre-prestation. Il peut alors demander l'annulation de son opération. Ce qui entraînera l'application des solutions que nous venons d'indiquer.

3° Le signataire d'un contrat a reçu la contre-prestation qu'il convoitait et n'a pas encore effectué la sienne. Mais s'apercevant qu'il est engagé dans un contrat immoral, il cherche à s'en dégager ; la situation se complique du fait que n'ayant rien aliéné, il ne peut rien réclamer. Sans doute le co-contractant ne pourra avec succès le contraindre à l'exécution totale d'une obligation dont la validité sera contestée avec succès. Mais faudra-t-il que le demandeur éventuel en nullité attende que son partenaire prenne l'initiative de

(45) Cas., 20-4-1904, D., 1904, 1, 420 ; Bordeaux, 24 juin 1909, G. P., 1909, 1, 720 ; Seine, 3 juin 1912, D., 13, 5, 1921.

l'actionner en paiement pour qu'il puisse se dégager d'un contrat qui le lie ? Cette hypothèse est d'une réalisation plus fréquente qu'on le croit. Beaucoup de contrats sont conclus à terme. Prenons un exemple.

Un commerçant fait l'acquisition d'un fonds de commerce de café-restaurant. Il signe son contrat sans avoir contrôlé d'assez près les renseignements qui lui sont donnés et paie comptant la totalité de son prix d'achat.

Au cours de son exploitation, il s'aperçoit que la plus grande partie du chiffre d'affaires de son exploitation était, avant son arrivée, constitué par un commerce illícite et immoral, et qu'au lieu d'être un café-restaurant, son fonds de commerce est bel et bien une maison de tolérance. Ne voulant pas se livrer à une telle exploitation, il abandonne cette partie de commerce, et la clientèle décline rapidement. Or, s'il n'accepte pas la maison de tolérance, il veut conserver le café. Ayant payé son prix comptant, il ne peut utiliser la procédure de réduction de son prix d'achat. Voulant conserver son café, il ne veut pas utiliser la possibilité qui lui est offerte d'annuler son contrat. Que peut-il faire ? Répéter son prix, mais il ne pourra le faire pour la totalité. Dans ces conditions, il limitera lui-même ou le tribunal limitera d'office l'effet de sa demande en répétition au pourcentage de valeur afférent à la partie immorale au contrat.

Et la solution sera la même si l'acheteur du fonds de commerce a acheté à terme, il pourra sans attendre la demande en paiement procéder de la même manière, et s'il n'a rien payé, il pourra par avance faire limiter le montant de sa dette.



Il convient dès maintenant de rechercher si le *tradens* peut indistinctement répéter de l'argent des meubles ou des immeubles, car les prestations et contre-prestations qui résultent des contrats ne sont pas toujours des sommes d'argent.

En ce qui concerne les meubles, l'article 2279 du Code civil s'oppose au retour des objets livrés dans le patrimoine du *tradens*. « En fait de meuble, possession vaut titre. » Nous avons rapporté plus haut un jugement du tribunal de Vervins dans lequel il est dit : « Il ne s'agit pas d'action en revendication visée par cet article, mais de l'action personnelle en restitution fondée sur la nullité du contrat. » Nous retrouvons la même opinion dans Baudry Lacantinerie et Tissier (46).

Cependant, la Cour d'appel d'Amiens, statuant sur l'appel formé contre ce jugement, répondait : « ...Peu importe qu'ils prétendent se prévaloir d'une action en revendication parce que telle qu'elle est formulée, leur demande doit nécessairement être écartée par les tribunaux comme contraire aux bonnes mœurs... ; qu'il en serait de même si au lieu de réclamer en bloc le matériel, les demandeurs avaient fait porter leur demande sur une énumération d'objets mobiliers individuellement désignés... ; que de toute manière ils doivent invoquer des conventions illicites. » Nous n'allons pas entreprendre de discuter une fois de plus la possibilité pour les tribunaux d'examiner les conventions illicites (Cf. *supra*). L'article 2279 ne peut donc faire obstacle à la répétition du mobilier puisque l'*accipiens* qui a reçu en vertu d'un titre nul n'est qu'un détenteur précaire et

(46) *De la prescription*, 3^e édition, nos 559-560, 836 et 838 ; également AUBRY et RAU, 4^e éd., t. II, no 115.

non un possesseur. Au surplus la mauvaise foi du tenancier le rend-elle digne d'utiliser l'article 2279 ?

Par ailleurs les sous-acquéreurs de bonne foi seraient fondés à opposer l'article 2279.

Pour les immeubles, la question semble plus facile à résoudre. Si l'immeuble se trouve en nature dans le patrimoine de l'acheteur, le vendeur qui, par application de l'article 1131, est signataire d'un contrat nul doit pouvoir revendiquer son immeuble à supposer que son contrat soit reconnu immoral. Pourra-t-il le suivre entre les mains des tiers ? La logique nous oblige à l'admettre puisque le sous-acquéreur n'a acheté qu'à un détenteur dont l'acquisition est nulle, et non à un propriétaire. La revendication ne pourra d'ailleurs avoir lieu que sous réserve des prescriptions acquisitives qui pourraient être opposées, avec cette précision que le premier acquéreur ne saurait profiter de la prescription de dix à vingt ans, puisqu'il n'a pas juste titre et que sa bonne foi peut être facilement mise en doute.

Enfin, notons qu'il y a lieu d'appliquer l'article 1378 du Code civil qui stipule que « s'il y a eu mauvaise foi de la part de celui qui a reçu, il est tenu de restituer tant le capital que les intérêts ou les fruits du jour du paiement ».

Mais il est évident qu'en équité cet article ne doit pas être appliqué si les deux contractants ont eu connaissance de l'immoralité de leurs obligations réciproques.

D'autre part, si le *tradens* seul est de mauvaise foi, il est équitable de lui refuser le droit d'exiger les fruits et intérêts dont son adversaire aura pu jouir de bonne foi.

*
**

L'objection la plus importante que l'on puisse faire au principe de la répétition est la suivante :

Il est fort bien d'admettre qu'en matière de prestation extra-patrimoniale, il faut donner au demandeur la valeur de son service. Mais quelles sont les possibilités d'application de ce principe ?

*
**

Nous avons souligné plus haut l'injustice qui serait commise si la répétition était admise comme règle rigide et intangible, et nous avons noté l'existence certaine de cas dans lesquels la répétition devient impossible et injuste parce que l'une des prestations fournie est irrépétable ou ne l'est que partiellement.

Prenons l'exemple du sort réservé aux pensionnaires d'une maison de tolérance. Tout d'abord, le tenancier ne peut exiger de ses subordonnées les prestations auxquelles la soumet la convention immorale. Cette exécution ne peut être que volontaire, ceci est également applicable aux figurants des spectacles immoraux auxquels on ne pourrait réclamer des dommages et intérêts pour rupture de contrat motivée par le simple désir de ne pas participer à un spectacle léger. Cet état de fait donnerait tout au plus naissance à des obligations imparfaites. Lorsque la prestation immorale est effectuée, le paiement du salaire peut-il être exigé ? La jurisprudence refuse de connaître de telles conventions dont la cause est contraire aux bonnes mœurs (1). Quelle est alors la situation de la pensionnaire qui, après avoir loué son travail immoral, ne peut obtenir sa rémunéra-

(1) Cas. req., 11-11-1929 et Limoges, 30-4-1888.

tion. Elle a mis dans le patrimoine de son employeur un élément d'enrichissement gratuitement obtenu par lui, puisque ces services lui ont permis d'attirer une clientèle dont il a tiré profit. Il est sans intérêt au point de vue de l'équité de rechercher les motifs qui ont poussé l'intéressée à se donner à cette profession honteuse, bien qu'il soit bon de signaler que le mobile n'est pas toujours l'immoralité. Mais il est indispensable de souligner qu'en l'espèce l'employeur est assurément plus coupable et plus libre de ses décisions qu'aucune nécessité vitale ne dicte, et qu'il n'en est que plus méprisable et moins digne d'égard. Est-ce à dire que les tribunaux doivent prêter le concours de la force exécutoire de leurs décisions à la rémunération d'une telle prestation ?

La véritable réponse à ce cruel dilemme n'est-elle pas dans une analyse minutieuse de cette convention nulle, et ne faut-il pas admettre que les tribunaux doivent limiter le montant de leurs condamnations à la partie de la dette qui est morale ? Ce partage nous semble relever du domaine des spéculations irréalisables. Sans doute, dira-t-on, le contrat de travail du tenancier d'une maison de tolérance comprend (en dehors de son caractère principal), le fait de la subordination et de l'emploi du temps.

Dans son appréciation, le juge serait amené à écarter l'élément de service rendu, pour considérer l'élément naturel que nous venons de signaler. Il faudrait admettre la portée du contrat de travail où il est dit : « Je me mets à votre service » et supprimer celle qui prévoit « pour trafiquer de mon corps ».

Mais alors se pose la question de savoir sur quel élément de base, il faut s'appuyer pour faire équita-

blement cet épineux partage. Nous avons cité plus haut une décision selon laquelle un électricien n'aurait droit qu'au prix coûtant des travaux exécutés par lui pour le compte d'une maison de tolérance, à l'exclusion de tout bénéfice. Mais dans ce cas, il est facile de contrôler le montant des factures par une expertise ou une recherche dans les catalogues de fournitures ou les tarifs des corporations. La recherche du critérium est, nous l'avons vu, tout aussi facile pour le courtage matrimonial.

Mais sur quoi se baser dans l'espèce que nous étudions pour séparer « le temps passé » de la valeur stricte de la prestation effectuée et du bénéfice recherché. Il faut avouer que c'est impossible, et que ce n'est pas dans le contrat lui-même que se trouve la solution de cette question.

Mais, pour admettre que le tenancier d'une maison de tolérance ne puisse répéter la totalité des salaires par lui versés à des pensionnaires, il suffit de faire appel à l'idée d'obligation naturelle qui ne peut faire l'objet d'une répétition (Cf. art. 1235 § 2) et du paiement d'une indemnité (2).

Revenons donc à la question posée plus haut. Est-il possible de limiter la répétition au degré d'immoralité du contrat ? M. Savatier a longuement étudié cette question dans sa thèse (3) ; il souligne cette idée qu'il serait invraisemblable, sous prétexte d'éviter un enrichissement sans cause, de créer une nouvelle situation semblable au préjudice de celui qui effectue la répétition.

(2) M. SAVATIER signale qu'il ne faut pas trop rattacher l'enrichissement sans cause à des textes. Pourquoi ne pas le rattacher au droit naturel ? (SAVATIER, thèse, p. 163.)

(3) M. SAVATIER, *Des effets de la sanction et du devoir moral*.

Déjà M. Naquet signalait en 1913 (4) qu'il ne fallait pas utiliser la maxime pour maintenir un *statu quo* « immoral » et épousait l'idée émise par Wahl qui, dès la fin du xix^e, indiquait qu'en matière de prêt, celui qui « fonde son droit sur sa turpitude, ce n'est pas le prêteur mais l'emprunteur qui veut garder les deniers sans cause » (5).

Dans cette note sous arrêt, M. Naquet indiquait même que s'il est immoral de payer les faveurs d'une femme, il ne faut pas utiliser la répétition, car « il est cent fois plus indélicat et choquant, au point de vue conscience, de réclamer la restitution d'un engagement librement consenti que de contracter cet engagement et il faut bien souligner que M. Naquet ne base pas ce refus de répétition sur la dignité de la magistrature. M. Savatier critique également dans sa thèse l'arrêt de la Cour de cassation qui refuse le paiement des salaires des pensionnaires d'une maison de tolérance (6). Quelques décisions indiquent que la jurisprudence n'ignore pas cet aspect de l'enrichissement sans cause (7).

Mais toutes ces décisions sont-elles bien dictées par le souci d'éviter la création d'un nouvel enrichissement sans cause par un retour incomplet à l'état de choses antérieur. Nous ne le croyons pas, et cela ne ressort pas d'une manière bien certaine de la lecture des dispositifs. C'est qu'en effet les magistrats hésitent à se lancer dans cette voie de distinctions subtiles et hasardeuses.

(4) Note au Sirey, 1913, 1, 296 et 297.

(5) Cf. SAVEY CASSARD précité, p. 143.

(6) Cf. req., 11-11-1890, D., 91, 1, 484 et thèse SAVATIER, *ibid*.

(7) Bouches-du-Rhône, 23 mai 28, G. P., 28, 2, 577. Poitiers, 8-2-22, D., 1922, 2, 34. Aix, 28-1-1923, G. P., 23, 1, 759.

Nous aurons d'ailleurs l'occasion de revenir sur ce point en étudiant les obligations naturelles et les obligations imparfaites.

Il convient également de préciser par un exemple la situation apparemment injuste dans laquelle se trouve l'auteur de certaines prestations extra-patrimoniales.

Le directeur d'une entreprise veut obtenir d'un fonctionnaire des avantages administratifs et cherche à s'attirer sa bienveillance par la promesse d'un avancement important et d'une décoration. Le fonctionnaire sensible à cette marque d'intérêt s'engage à observer ce pacte et l'avantage recherché est obtenu, mais contre son attente, l'aimable intermédiaire reste à son poste et sa boutonnière ne fleurit pas. Peut-il exiger la contre-prestation promise ? Une réponse négative s'impose. Nous sommes en effet en présence de deux engagements qui restent dans le domaine extra-patrimonial. Ils ne présentent aucun caractère financier et par conséquent ne sont pas soumis à la règle commune.

De l'examen de ces trois exemples nous pouvons déduire les données suivantes :

1° Si la contre-prestation est fournie, et qu'elle peut être répétée, la répétition doit être utilisée.

2° Si la contre-prestation est fournie, qu'au surplus elle ne peut être répétée en nature et ne peut l'être qu'en valeur, c'est-à-dire en prix coûtant, que par ailleurs elle n'a pas le caractère extra-patrimonial, l'exécution ou la répétition devraient être limitées.

(Nous admettons en effet que la restitution en nature n'est autre chose que le paiement de prix, c'est-à-dire une exécution), mais le choix d'un critérium présente de

grandes difficultés, et ce n'est pas dans le contrat qu'il faut le rechercher.

3° Si la contre-prestation à fournir présente un caractère extra-patrimonial et n'a aucune valeur financière les choses doivent en rester là, et aucune exécution ne peut être utilement demandée (8).

CHAPITRE III

LES LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

Les Codes civils autrichien (art. 1174) rédigé en 1871, portugais (art. 692) rédigé en 1867, et espagnol (art. 1305) rédigé en 1888 admettent, eux aussi, l'application de la maxime mais y ajoutent la confiscation de la chose litigieuse.

La jurisprudence italienne adopte la règle et les Anglais admettent que celui qui a participé à un contrat illégal ne peut invoquer ce contrat pour introduire une action en justice. Ils n'admettent la répétition qu'en cas de vol ou tant que le but poursuivi n'est pas réalisé.

Le Code soviétique, dans son article 147 précise que, en cas de nullité du contrat pour cause d'illégalité,

(8) Il peut arriver que l'équité permette de cumuler la répétition et l'exécution. C'est le cas du marchand de meubles qui de bonne foi, après avoir livré le mobilier commandé, se voit opposer un refus de paiement basé sur la nullité du contrat. Il peut reprendre son mobilier, mais ses frais d'emballage et de transport doivent être supportés par son acheteur, et il pourra en demander le paiement. En cas de mauvaise foi de sa part la solution ne serait pas la même.

aucune des parties ne peut exiger la restitution de ce qu'elle a fourni et que l'enrichissement indu est récupéré au profit de l'Etat.

Le Code suisse (art. 66) admet l'application intégrale de la règle et repousse toute répétition.

Le Code allemand (art. 817) contient la disposition suivante : « Lorsque le but d'une prestation est établi de telle sorte que le bénéficiaire se soit mis, par son acceptation, en contravention avec une défense légale ou avec les bonnes mœurs, le bénéficiaire est obligé à la restitution. La restitution est exclue lorsqu'une pareille contravention tombe d'une manière identique à la charge de l'auteur de la prestation, à moins que la prestation ne consiste à contracter un engagement, la prestation fournie par l'exécution d'un tel engagement ne pourra être répétée. »

Ce rapide aperçu des législations ne nous apporte qu'un seul élément nouveau : la confiscation.

Déjà l'article 180 du Droit pénal français l'admet pour le délit de corruption ; elle fut également prévue par Domat et appliquée par le parlement de Paris.

Serait-il possible de l'envisager actuellement d'une manière pratique ? Avant de répondre à cette question, nous serions curieux de connaître les résultats obtenus par cette méthode, car il nous semble que la confiscation ne puisse réussir sans intervention directe du ministère public. Supposons en effet que le signataire d'un contrat immoral, s'apercevant tout à coup des possibilités de répétition, veuille utiliser ce procédé. Nous sommes persuadé qu'il passera de l'intention à l'action s'il y trouve son intérêt qui est, en l'espèce, le retour

dans son patrimoine soit d'une somme d'argent soit d'un objet ou d'un bien immeuble. Mais s'il s'aperçoit que le résultat de son action doit aboutir sans aucun doute à la confiscation, il restera inactif. Cette confiscation ne serait d'ailleurs équitable qu'en cas de turpitude commune. Elle serait la sanction méritée d'une faute déshonorante. Mais en cas de turpitude de l'*accipiens*, le *tradens* y perdrait malgré son innocence. Il est donc pratiquement certain que cette méthode, qui serait l'application d'un excellent principe, produirait des résultats contraires au but recherché. Elle relèguerait définitivement dans l'ombre ce que les contractants ont déjà trop tendance à tenir loin des indiscretions et des rigueurs de la justice.

Le seul correctif que l'on puisse apporter à ce défaut serait d'octroyer au ministère public le droit d'agir en pareille matière par voie d'action principale. Le problème est d'importance et son étude soulèverait des questions qui dépasseraient les limites et les prétentions de cette thèse. L'objection capitale dont nous reconnaissons le bien-fondé, est évidemment l'ingérence des pouvoirs publics à laquelle ce procédé pourrait donner naissance. Nous n'avons d'ailleurs pas l'intention d'indiquer ou de proposer une solution quelconque. Notons simplement qu'en matière de moralité, et de bonnes mœurs, le législateur n'est peut-être pas si éloigné qu'on peut le croire du principe de la confiscation ou de l'intervention d'office des pouvoirs publics. Il suffit, pour s'en rendre compte, d'étudier les droits des maires en pareille matière. Ils peuvent, sans excès de pouvoir, interdire d'une manière absolue aux débitants d'employer comme servantes des femmes ou filles de moins de dix-

huit ans (Cf. loi 1-10-1017, art. 9). C'est un cas flagrant d'intervention d'office dans les conventions. D'autre part, les maires peuvent fermer d'autorité les maisons de tolérance sans indemnité pour le tenancier. Si les magistrats municipaux jouissent d'un tel pouvoir, pourquoi refuserait-on aux parquets les mêmes possibilités dans leur domaine ? La question mérite une étude prudente, mais il semble qu'elle puisse être résolue en faveur d'une confiscation sagement limitée.

QUATRIÈME PARTIE

DROITS QUI SURVIVENT A LA NULLITÉ

Les obligations immorales sont donc entourées d'un réseau d'arguments qui en consacrent la nullité, et nous avons vu que le meilleur moyen de décourager l'immoralité était de retourner au *statu quo ante*. Cependant, ce retour au passé est incapable d'effacer toutes les conséquences des obligations déjà exécutées. Des situations de fait sont créées, et ce serait adopter une solution paresseuse que de les ignorer.

Nous avons déjà entrevu cette question en soulignant, à la suite de M. Savatier, les conséquences injustes d'une répétition brutale et sans réserve.

Il s'agit donc de réparer les conséquences d'une situation immorale. Et pour cela nous devons faire appel aux notions de dommages et intérêts et obligations naturelles. Précisant d'ailleurs qu'en aucun cas ces deux notions ne doivent créer de situation de fait contraire à l'ordre public.

CHAPITRE PREMIER

LES OBLIGATIONS NATURELLES LES OBLIGATIONS IMPARFAITES

Que faut-il entendre par obligation naturelle ?

Selon Planiol et Ripert : « C'est une obligation reconnue par la loi, mais seulement au cas où le débiteur consent à l'exécuter. »

Pothier la définissait : « Celle qui, dans le fort de l'honneur et de la conscience, oblige celui qui l'a contractée à l'accomplissement de ce qui y est contenu. » Et c'est encore dans Planiol que nous trouvons ce critérium : « Tout ce qui n'est ni une obligation civile munie d'action ni une pure libéralité ». Il faut, en effet, distinguer soigneusement l'obligation naturelle de la donation. La première est l'exécution d'un devoir, la seconde est une charité. Chaque auteur apporte d'ailleurs une définition différente et la jurisprudence s'en tient à la conception la plus large, laissant aux juges un pouvoir discrétionnaire pour apprécier.

Nous trouvons dans la thèse de M. Savatier cette définition qui semble complète et exacte : « Pour qu'il sorte d'un engagement une obligation naturelle, il faut que cet engagement crée un devoir de conscience à s'y conformer, pour celui qui le prend, et qu'il fasse naître une créance morale au profit de celui envers qui il est pris. »

Précisons seulement qu'une obligation naturelle ne sort pas forcément d'un engagement, mais qu'elle peut naître simplement d'une situation de fait comme les relations adultérines, etc.

La caractéristique de ce genre d'obligation est donc l'absence de titre et l'absence de contrainte extérieure, mais il convient de déterminer l'élément de moralité.

Si l'on admet qu'un titre nul parce qu'immoral peut donner naissance à une obligation naturelle, au nom de la conscience et de la morale, on émet un paradoxe, en ce sens qu'il ne faut pas déduire de cette affirmation que la nullité sera pratiquement couverte par l'obligation naturelle qu'elle laisse subsister.

Ce serait, en effet, par application de l'article 1235, faire le jeu de l'immoralité.

L'article 1235 stipule que « la répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées. »

Il serait faux de dire que ce texte est en opposition avec l'article 1131, mais on motiverait une telle opinion en refusant la répétition aux obligations nulles pour cause immorale, exécutées en tant qu'obligation naturelle. Ce serait la destruction complète du système que nous venons d'étudier.

Pour cette raison d'ordre juridique et moral, nous devons rejeter des obligations naturelles celles qui se résoudraient par des prestations ou contre-prestations immorales (1).

L'obligation naturelle est donc, par sa nature, con-

(1) Nous n'adoptons pas pour cela l'opinion de MM. AUBRY et RAU qui n'admettent comme obligation naturelle que les devoirs moraux qui sont susceptibles d'une « coercition intérieure ». Le terme de coercition intérieure est très juste et s'oppose nettement à la coercition extérieure. Mais il faut reconnaître qu'il existe bien des obligations naturelles qui n'ont rien à voir avec la morale.'

que pour porter remède aux rigueurs nécessaires de la justice envisagée comme institution de nécessité sociale.

L'exécution d'une telle obligation qui ne peut jamais être obtenue par contrainte, et qui ne peut être exécutée que volontairement n'est par ailleurs que l'accomplissement d'un strict devoir de justice envisagée comme principe directeur des actes humains.

Il existe encore un autre genre d'obligations inférieures non susceptibles d'exécution forcée. L'obligation imparfaite. Il en est question dans certains ouvrages de doctrine et notamment dans la thèse de M. Savatier : « C'est le cas des conventions nulles qui peuvent donner naissance à une obligation naturelle, sans que personne ne puisse en exiger l'exécution ; c'est-à-dire qu'il y a un débiteur mais pas de créancier. »

Il semble à première vue que ce soit là une autre forme de définition des obligations naturelles, mais la différence essentielle réside dans l'absence de créancier.

Nous verrons plus bas qu'une obligation naturelle normale est susceptible d'être novée. L'obligation imparfaite n'est pas susceptible de l'être. C'est ainsi que le tenancier d'une maison de tolérance ne peut pas, pour récompenser le zèle des pensionnaires, s'engager valablement envers elles à payer un salaire correspondant au prix qu'il attache à leurs services, en signant des billets à ordre. Seul le strict prix (obligation naturelle) sera dû, le surplus (obligation imparfaite) correspondant au *pretium stupri* ne peut être exigé d'aucune manière. Le seul paiement efficace serait le paiement de la main à la main, encore faut-il admettre, s'il est constitué par une prestation immorale, que ce paiement peut être répété. Mais tout ce que pourrait souscrire le tenancier

pour susciter les complaisances envers ses clients, serait nul et dépourvu de tout effet civil (2).

C'est ainsi qu'il a été décidé que le billet souscrit par un amant au profit de sa maîtresse n'a pas toujours une cause illicite. Il faut, pour qu'il soit illicite, que le souscripteur ait voulu vaincre les résistances de la femme ou la déterminer à continuer ses relations immorales ou payer le *pretium stupri* (obligation imparfaite). Il en est autrement si l'obligation n'a été contractée que pour réparer le dommage causé à la femme (dommages et intérêts) ou pour lui fournir des moyens d'existence (obligation naturelle) (3).

Le terme d'« obligation » est donc à première vue bien impropre en matière d'obligation imparfaite.

Il n'existe rien en effet qui puisse correspondre au sens de ce mot. Cependant, il faut admettre que le tenancier d'une maison qui aura pu faire payer très cher le droit d'entrée dans son débit et les consommations qu'il offre, grâce à l'appât immoral constitué par les distractions proposées, se trouve d'une certaine manière obligé envers ses employées. On ne peut dire qu'il l'est moralement, on ne saurait affirmer qu'il existe un devoir de sa part. Ces deux expressions seraient aussi déplacées l'une que l'autre eu égard à l'objet qu'elles concernent. Mais cependant il y a relation de cause à effet entre le bénéfice tiré par l'exploitant de ses clients, et la nature du service rendu. Il doit donc y avoir correspondance entre le traitement des employées et le bénéfice réalisé

(2) Cf. Civ. 21-3-1898, D., 3, 1, 403. Req. 17-7-1905, D., 6, 1, 72. Trib. Com. Saint-Etienne, 8-11-1906, G. T., 3, 2, 1907.

(3) Toulouse, 29-4-1912 ; G. T. M., 4-8-1919 ; COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de D. c.*, II, p. 318 *in fine*.

par le patron. En tout autre circonstance, cette idée ne saurait être rejetée. Elle doit l'être en l'espèce du fait de l'immoralité. C'est pourquoi la pauvreté de notre terminologie nous réduit à conserver l'expression d'obligation imparfaite.

Les obligations naturelles et imparfaites sont donc à des degrés différents des devoirs d'honneur, de conscience, parfois même de justice. On ne peut en trouver d'exemple plus frappant que celui rapporté dans l'arrêt de cassation suivant (4).

« De la séduction résulte pour celui qui a profité de la faiblesse ou de la passion d'une femme, une obligation naturelle, un devoir de conscience et d'honneur de prendre sa part des inconvénients résultant pour elle ou d'une faute qui a été commise par l'un et par l'autre (5). »

Quelles sont les possibilités d'exécution laissées à ces deux sortes d'obligation ?

Toutes deux peuvent être exécutées à condition que l'exécution soit volontaire. Par application de l'article 1235 un tel paiement ne peut être répété, tout au moins pour les obligations naturelles. En effet, puisqu'aucune action en justice n'est accordée, si le débiteur paie, c'est qu'il le veut bien.

L'action en justice étant refusée, la répétition devra être accordée exceptionnellement, si par erreur, un tribunal avait fait droit à une telle demande. Au surplus la validité d'un tel paiement pourra être contestée s'il est confondu avec une exécution immorale. (Dans la ma-

(4) Req., 3-4-1882, D. P., 82, 1, 250.

(5) Voir également Lyon, 30-12-1890, D. P., 91, 2, 309 et 310 ; Dijon, 27 mai 1892, D. P., 93, 2, 193 ; les tables de jurisprudence au mot concubine.

jeune partie des cas, l'obligation imparfaite sera donc une obligation non exigible et répétable mais exécutée et non répétée). Au surplus, la liberté de l'exécution volontaire étant la condition essentielle de la validité du paiement d'une obligation naturelle, la répétition doit être autorisée si la violence est intervenue. La logique voudrait sans doute que l'on applique l'adage *coactus voluit, sed voluit*, mais les obligations naturelles tout au moins dans les espèces que nous étudions sont déjà la sanction de faits d'une nature telle qu'on ne peut les fortifier encore quand un élément de contrainte extra-juridique intervient. La seule contrainte admise doit être la « coercition intérieure ».

D'autre part, et toujours parce que l'exécution forcée est interdite, la compensation ne peut être opposée au débiteur de l'obligation naturelle. Elle serait en effet un moyen détourné de lui forcer la main. Toutefois, elle doit être admise quand celui-ci consent de son plein gré.

Seules, les obligations naturelles peuvent être novées valablement. C'est dans ce sens qu'il a été décidé récemment que : « Dans un contrat unilatéral, on ne saurait considérer comme illicite ou contraire aux bonnes mœurs la cause qui détermine le débiteur à s'obliger, lorsque celui-ci n'a d'autre but que d'exécuter une obligation naturelle qui pèse sur lui (6) ».

Il faut préciser que la novation ne doit pas aboutir à l'exécution elle-même d'un acte illicite interdit par la loi. Les obligations imparfaites ne peuvent être valablement novées.

(6) Cass. civ., 23-12-35, G. P. 1936, 1, 148 ; G. P. 25-1-1936.

La jurisprudence s'oppose à ce que cette novation ait pour résultat de reconnaître la validité de donations déguisées (7).

Elle ne doit donc être admise que pour constituer une certitude et une garantie, elle est alors une sûreté accordée au créancier contre les variations de conscience du débiteur. C'est sans doute pour cette raison que l'on admet également le cautionnement (art. 2012 § 2 Code civil) et généralement tous autres modes de garantie.

En ce qui concerne la concubine, la jurisprudence reconnaît très largement l'obligation naturelle de réparer (8).

Il est normal que de la séduction, résulte pour celui qui a profité de la faiblesse ou de la passion d'une femme l'obligation naturelle, le devoir de conscience et d'honneur de prendre sa part des inconvénients résultant pour celle-ci d'une faute qui a été commune à l'un et à l'autre. C'est ainsi que décida la Chambre des requêtes le 3 avril 1882 (9).

On ne saurait préciser d'une manière plus catégorique que la communauté de la faute importe peu et qu'il faut simplement se préoccuper de faire face à une situation de fait.

Pour être juste, il faut admettre que toutes les situations résultant du concubinage ne peuvent donner lieu à des dommages et intérêts ou à une obligation natu-

(7) Cf. *Rép. Prat. Dalloz*, Concubines, donation. Obligation naturelle. Réc., 4-1-1890, D., 97, 1, 126 ; Cas. Civ., 21-3-1898., D., 83, 1, 483.

(8) Rennes, 7 mars 1904, D. P., 1905, 2, 305 et 10-10-1924, G. P. 1924, 1, 676 ; Paris, 8-7-1926, D. H., 1926, 488 ; T. civ. Seine, 11 mars 27, D. H., 1927, 262. Toulouse 29-4-1912, G. T., Midi, 4-8-1918, précité.

(9) D. P. 82-1-250.

relle. M. Savatier, dans sa note sous arrêt (10), fait remarquer que si une femme mariée a quitté son foyer pour aller vivre avec un homme, délibérément et sans séduction dolosive, il est difficile d'admettre que cela lui porte bonheur et qu'elle puisse continuer à profiter des bienfaits de son concubin. « Que pensera l'opinion publique si l'on admet que la femme volontairement adultère possède une sorte de droit naturel à se voir assurer par le concubin dont elle a aimé la personne ou les deniers, une situation au moins égale à celle qu'elle avait dans son foyer ? » De cette première remarque nous pouvons déduire que la « réparation ne tend pas à restituer la situation perdue » sauf dans certains cas (rares, il faut le reconnaître) où la faute est unilatérale, mais qu'elle tend uniquement à faire face aux nécessités matérielles de l'existence. La galanterie comporte ses risques qui peuvent aller jusqu'à la déchéance sociale.

« Et que dira-t-on, au contraire, si une femme qui débauche le mari d'autrui peut, après avoir volontairement enlevé à la femme et aux enfants légitimes, l'époux et le père, prétendre avoir le droit de se tailler une petite source de revenus sur le patrimoine de la même femme et des mêmes enfants (11) ? »

Il est certain qu'en de telles circonstances la morale élémentaire s'oppose formellement à l'octroi de dommages et intérêts. Nous pouvons donc affirmer que jamais les conséquences du concubinage ne pourront aboutir à une spoliation de la famille légitime. Au surplus, une femme qui aurait détourné de son devoir un père de

(10) 8 juin 1925. D. P. 1927, 1, 113.

(11) Nancy, 8-12-1925, G. NT. 4-4-1926.

famille, ou simplement un homme marié, et qui, au surplus, aurait obtenu de lui, grâce à des manœuvres fallacieuses capables d'aliéner sa liberté d'esprit, une libéralité qui dépasserait les limites des obligations naturelles admissibles en pareilles circonstances, et serait motivée par la simple affection, ne saurait résister victorieusement à une demande d'annulation (12).

Les juges ont alors tout pouvoir d'appréciation pour rechercher si le donateur avait toute sa liberté morale. Il faudrait donc admettre qu'une telle libéralité exécutée sous couleur d'obligation naturelle, et après novation, devrait être susceptible de répétition à la demande des enfants et de l'épouse. Cependant, la jurisprudence n'est pas unanime dans ce sens (13).

Les espèces soumises aux tribunaux sont si différentes les unes des autres qu'on ne saurait établir en pareille matière de principes et de sentences catégoriques. Il faut laisser aux magistrats la latitude dont ils jouissent pour apprécier les intentions du donataire, et les circonstances qui ont entouré son geste. Il faut reconnaître que cette liberté d'appréciation donne parfois des résultats inattendus. C'est ainsi que le tribunal civil de Paris jugea, le 8 juillet 1926, qu'un amant était « naturellement obligé » à loger sa maîtresse dans une somptueuse villa de Royan, etc. Nous ne doutons pas un seul instant qu'il s'agisse là d'amants fortunés, mais il semble que la discrétion soit de mise en pareille matière, et que le bon sens moral le plus élémentaire soit opposé à un tel étalage.

(12) Nîmes, 30 juin 1869, D. 72, 1, 37 ; PLANIOL, éd. D. c., t. III, p. 796.

(13) Paris, 5 mai 1925, 8 juillet 1926, D. H., 1926, 488 ; cf., req., 17, 4, 1923, D. P. 1923, 1, 172.

Quitte à rencontrer de telles erreurs, il faut persister dans la voie suivie jusqu'à nos jours, car il est impossible de prévoir dans une jurisprudence rigide les circonstances sentimentales variables à l'infini. Les juges doivent avant tout s'inspirer des réalités sociales. Les institutions familiales doivent toujours être défendues contre le concubinage et l'union libre. Il est parfois nécessaire de laisser à son malheur la victime d'une séduction plus ou moins consentie pour éviter de créer et de reconnaître des situations de fait déplorables... *Dura lex, sed lex*. Cette sévérité est indispensable à la stabilité et à l'hygiène sociale.

C'est d'ailleurs pour cela que la jurisprudence n'a jamais reconnu l'obligation alimentaire entre concubins, et se contente de faire face à ses nécessités par le moyen des obligations naturelles.

C'est aussi dans cet esprit que la jurisprudence actuelle fait un retour sur elle-même en ce qui concerne l'octroi aux concubins de dommages et intérêts à la suite d'un délit ayant entraîné la mort de l'un ou de l'autre (14). De toutes les décisions rendues en cette matière, il ressort que la concubine ne saurait être accueillie dans son action qui, si elle justifie d'un préjudice non seulement direct mais encore actuel et certain. Cette preuve est bien souvent impossible à rapporter car le lien extra-conjugal résultant de concubinage n'est pas souvent admis en raison de son caractère le plus souvent aléatoire et précaire (15).

(14) On trouvera à ce sujet dans la *Gazette du Palais* du 6 mars 1937, un arrêt de cassation du 13 février 1937.

(15) Cas. crim., 26-11-1926., G. P., 1927, 1, 108 ; Cas. crim. 9-11-1928, G. P., 1928, 2, 845 ; Cas. crim. 28-2-1930, G. P., 1930, 1, 638 ; Paris, 14 mai 1937, *La Loi*, 19-2-1938.

La Chambre civile et la Chambre des requêtes ajoutent « alors même que le concubin aurait eu un enfant par lui reconnu de cette femme..., qu'il aurait testé en sa faveur et qu'elle aurait été accueillie dans sa famille, s'il n'est pas certain cependant qu'il eût la ferme intention de continuer l'octroi à sa maîtresse de secours et de subsides qu'il aurait pu un jour ou l'autre réserver à une deuxième maîtresse avec laquelle il s'affichait. » Il faut donc pour que la concubine ait droit à des dommages et intérêts en cas de disparition accidentelle de son ami que la continuité dans l'avenir ait pris un caractère presque certain. Pour être logique avec la jurisprudence, il faut admettre que la concubine n'a pas plus le droit après qu'avant la mort de son ami, et par ailleurs que le fait lui-même de la mort ne donne aucun supplément de droit.

Il ne faut pas croire cependant que par le moyen de l'obligation naturelle la jurisprudence en vienne à reconnaître à côté du mariage un autre genre de vie à deux qui, par des voies détournées, produirait le même effet juridique. Nous verrons, en étudiant les dommages et intérêts, qu'elle a cherché à retirer tout intérêt pratique à l'union libre en sanctionnant dans certains cas la rupture par des dommages et intérêts. Mais il n'en est pas moins vrai qu'elle a su garder la nuance et ne pas créer entre concubins des liens aussi impérieux qu'entre époux légitimes.

La jurisprudence admet également que vis-à-vis des tiers le concubinage n'est pas assimilable au mariage. La Cour de cassation a jugé dans ce sens le 18-11-1913 (16) : qu'on ne saurait considérer comme contraire à

(16) G. P., 1915, 2, 559.

l'ordre public, la clause par laquelle après avoir assuré à ses ouvriers certains avantages (notamment certaines allocations de combustibles proportionnées à leur famille) le règlement d'une entreprise qui exclut du bénéfice de cette stipulation ceux de ces ouvriers vivant en concubinage. Le juge ne peut refuser d'en faire l'application sous prétexte qu'elle serait contraire aux principes les plus sacrés de la liberté individuelle. Cette décision est fort juste car il serait dangereux de faire de la liberté individuelle la porte ouverte à toutes les immoralités.

On sait, d'autre part, que les sociétés de participation formées entre époux sont illégales.

En est-il de même entre concubins ?

La jurisprudence ne semble pas aussi rigoureuse que pour les époux. Il a été, en effet, décidé que des concubins qui ont exercé ensemble un commerce, peuvent être considérés comme ayant contracté l'association en participation prévue par l'article 47 Code de commerce (17).

De même, si, en principe, le concubinage ne peut, par le seul fait de son existence, créer entre les parties une communauté de biens et produire ainsi les effets réservés à l'union légitime, on doit pourtant reconnaître une société de fait entre concubins, ayant pour objet la création de l'exploitation d'un fonds de commerce, lorsque celui-ci a été fondé et exploité par eux en commun (18).

Il semble que cette dernière décision soit dictée par les nécessités du commerce. Les tiers sont dans l'impossibilité de savoir, d'une manière certaine, en face de qui ils se trouvent, et seront lésés, si au moment de la vente

(17) Req., 1-2-1926, D. H., 1926, 114 ; Req., 14-3-1927, D. H., 1927, 223.

(18) Trib. civ. 3 mai 1922, D. P., 1924 (2^e note de M. SAVATIER).

ou de la disparition du fonds pour toute autre cause, ils se trouvent en face d'un seul débiteur, alors qu'ils croyaient s'adresser à un ménage régulier exploitant les deniers communs.

La jurisprudence admet donc que le concubinage donne naissance aux situations suivantes :

1° Possibilité de « demander » des dommages-intérêts.

2° Droit de « demander l'exécution d'une obligation naturelle novée.

Par ailleurs, et sans aucune possibilité de « demande » :

1° Faculté d'exécuter volontairement l'obligation naturelle ou novée.

2° Possibilité de libéralité correspondant soit à un devoir, soit à l'intention pure de donner.

Au surplus, et selon l'expression de M. Planiol, il ne faut pas que les libéralités, dommages et intérêts ou obligations naturelles, servent à valider des tractations inconsidérées dans le monde de la galanterie.

Elles ne profiteront jamais qu'à une sorte d'élite morale, et chacun comprend le sens qu'il faut donner à ces deux derniers mots.

Il serait difficile d'énumérer tous les cas dans lesquels on peut faire appel à la notion d'obligation naturelle. Notons cependant l'application qui peut en être faite au jeu. On sait que selon l'expression employée dans le langage courant, le jeu peut, tout au plus, donner naissance à une dette d'honneur et que le paiement d'une dette de jeu ou d'un pari est purement volontaire puisque le perdant ne peut être contraint par le gagnant.

Faut-il admettre qu'il subsiste une obligation naturelle ? Nous ne le pensons pas puisqu'il y a là une part de risque consentie et nettement prévisible et qu'au surplus le gagnant récupère toujours sa « mise ». La dette de jeu ne peut donc donner naissance qu'à une dette d'honneur à une obligation imparfaite. Mais quelle est la situation d'une tierce personne qui sans participer au jeu avance une somme destinée à alimenter la partie ? Précisons tout d'abord que l'exception de jeu ne peut s'appliquer à l'ami qui, se trouvant dans la salle, fait une avance pour se tirer d'affaire, mais qu'il s'applique au directeur qui a intérêt à ce que la partie reste animée (19).

Il faut, au surplus, qu'il soit établi ou nettement présumé que l'argent a bien été employé au jeu. Il nous semble que dans ce cas aucune obligation naturelle ne peut subsister. Le prêteur a, en effet, cherché à entraîner son emprunteur dans les risques du jeu. Il est juste qu'il participe à sa ruine et ne puisse, par le moyen détourné de la novation, obtenir le paiement.

D'autre part, il nous semble, en ce qui concerne les pensionnaires d'une maison de tolérance, et malgré les difficultés que présente l'évaluation, qu'il faut reconnaître l'existence d'une obligation naturelle limitée aux aliments et débours nécessaires à l'existence.

L'obligation naturelle contient en elle l'idée de réparation du dommage ou plus exactement la reconnaissance d'une situation défectueuse à laquelle il faut remé-

(19) Trib. civ. de Lyon, 21-2-1908, D. P., 1908, 5, 36 ; Agen, 25-1-1909, D. P., 1909, 2, 346 ; Paris, 13 mai 1909, *Rec. Sirey*, 1910, 2, 270 ; Paris, 8-2-1917, D. P., 1909, 2, 17 et note de M. LEGRIS ; Cas. crim., 19-7-1929 et 19-11-1932, D. P., 33, 1, 26 et note CAPITANT.

dier. Mais cette notion est insuffisante et pour être équitable il faut faire appel à la notion de dommages et intérêts.

CHAPITRE II

LES DOMMAGES ET INTÉRÊTS

La notion d'obligation naturelle permet de rétablir certaines situations malheureuses, et elle est la juste contre-partie de la nullité et de la répétition. Mais les possibilités d'exécution forcée ne peuvent être envisagées qu'après novation. Les dommages et intérêts peuvent être demandés en justice et c'est à eux qu'il faut avoir recours pour réparer le préjudice causé.

Est-ce à dire que toute obligation immorale et inexécutée doit se résoudre à des dommages et intérêts ? La jurisprudence et la doctrine ne l'envisagent même pas, car se serait un moyen détourné d'exiger l'exécution.

En ce qui concerne les tiers, la question ne comporte aucune difficulté : « Tout fait de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer » (art. 1382 Code civil). La nullité d'un contrat immoral ne doit donc en aucune circonstance être préjudiciable à un tiers.

La maxime *Volenti non fit injuria* semble s'opposer à ce qu'une partie contractante puisse réclamer à l'autre des dommages et intérêts en cas d'inexécution motivée par l'immoralité. Ce serait en effet aboutir, par une voie détournée, à l'exécution de l'obligation. Il convient donc d'examiner avec précaution les différentes situations qui peuvent se présenter.

En principe, les tribunaux ne doivent pas accorder de

dommages et intérêts si cette solution est un moyen détourné d'obtenir un salaire honteux, ou une prestation illicite.

Nous avons vu cependant plus haut, en rapportant l'arrêt rendu à Toulouse le 29 avril 1912, qu'il y avait lieu de reconnaître la validité des billets souscrits en faveur d'une concubine dans certaines limites ; et que cet arrêt distingue le *pretium stupri* (obligation imparfaite non susceptible d'être novée) et la réparation du dommage ainsi que « la fourniture de moyens d'existence ». Cet arrêt distingue donc nettement la réparation du dommage de l'obligation naturelle et cette distinction est importante puisque le dommage donne lieu à une action en paiement qui ne peut être fondée sur l'obligation naturelle.

Il semble que l'obligation naturelle corresponde à la nécessité de vivre (obligation alimentaire) et que le dommage représente le préjudice causé par le changement de vie. Cette distinction qui, sauf erreur de notre part, correspond à la réalité aboutit à une situation paradoxale. L'obligation alimentaire (qui est élémentaire) ne jouit d'aucune voie de contrainte, et celle moins urgente de réparer le dommage peut être exécutée par le moyen de l'article 1382.

Bien que d'apparence injuste, cette distinction est cependant nécessitée par l'impossibilité d'accorder au concubinage une valeur juridique quelconque qui tendrait à l'assimiler au mariage, ne serait-ce qu'au point de vue alimentaire. C'est pour cela que nous adoptons la thèse de M. Savatier, qui refuse les dommages et intérêts en cas de faute commune (sauf cas particulier). C'est au magistrat qu'il appartient de prévoir les excep-

tions suivant les circonstances. Selon les éléments de chaque cause, les juges accorderont des dommages ou les refuseront. Bien qu'au point de vue juridique cela manque de logique, nous admettons parfaitement que, pour satisfaire à une obligation urgente, les tribunaux accordent des dommages et intérêts, alors que strictement une telle demande devrait être rejetée. Pour montrer le caractère équitable de cette opinion, il suffit de citer l'exemple d'une femme qui se serait laissée séduire par un amant et serait abandonnée par celui-ci après consommation complète de ses ressources. Il serait en effet immoral de laisser certains hommes abuser de la confiance momentanée qui leur est faite et abandonner celles dont ils ne peuvent plus tirer de plaisir, dès que les conséquences financières se font sentir. Le plaisir comporte des responsabilités contre lesquelles aucun argument juridique ne saurait lutter.

L'évolution de cette question d'attribution de dommages et intérêts à la concubine est d'ailleurs intéressante à suivre. Par un arrêt du 26 novembre 1926 (1), la Chambre criminelle avait accueilli l'action de la concubine disant que « les termes absolus de l'article 1382 n'autorisaient aucune distinction en ce qui concerne la nature du dommage éprouvé et la nature du lien dont résulterait un préjudice actuel et certain ». Cette conception absolue de l'article 1382 nous semble bien dangereuse et trop intransigente. Après avoir détourné son amant de son devoir conjugal, la concubine profiterait encore de sa mort. L'immoralité d'une telle situation fut bientôt comprise. Dès 1928, la Chambre crimi-

(1) D. P., 1927-1-173, note M. LALOU ; également Cas. crim., 28-2-1930, D. P., 1930, 1, 49, 31-12-1930, S., 1931, 1, 145.

nelle souligna la nécessité d'un lien plus solide qu'une fantaisie capricieuse et passagère (2).

En 1934, la Chambre criminelle eut à départager deux concubines (3). Elle ne put s'empêcher de constater « que de telles liaisons n'ont pu créer un droit au profit de chacune de celles qui en faisaient simultanément l'objet ».

Enfin, en 1937, la Chambre criminelle rendit trois arrêts (4) précisant « qu'un préjudice direct actuel et certain ne saurait résulter d'une assistance qui n'était pas légalement susceptible de servir de fondement à une obligation valable.

Un attendu d'un arrêt rendu le 27 juillet 1937 par la Cour de cassation (5) résume bien le point de vue adopté aujourd'hui : « Les relations établies par le concubinage ne peuvent à raison de leur irrégularité même présenter la valeur d'intérêts légitimes juridiquement protégés ; que susceptibles de créer des obligations à la charge des concubins, elles sont impuissantes à leur conférer des droits à l'encontre d'autrui, et notamment contre l'auteur de l'accident survenu à l'un d'eux : que spécialement la créance d'aliments de la concubine, qui, du vivant du concubin n'était que naturelle, ne saurait servir de base, au jour de l'accident ou du décès, à une créance civile, s'affirmant par l'exercice contre l'auteur du dommage de l'action en responsabilité. »

La Cour de cassation ne s'en tient donc plus seulement au caractère de certitude du lien, mais également

(2) Crim., 9-11-1928, D. P., 1929, 1, 23.

(3) Cass. Crim., 27-4-1934, D. H., 1934, p. 302.

(4) 13-2-37, G. P., 1937, 1, 467.

(5) *Sem. juridique*, 3-12-37.

à la légitimité. Elle semble donc admettre désormais que l'article 1382 ne peut protéger que des intérêts légitimes et par conséquent conformes à la morale (6).

En cas de rupture du vivant même des concubins, la jurisprudence, appliquant la maxime *Volenti non fit injuria* estime qu'il n'y a pas lieu à réparation lorsque le concubinage a été délibérément voulu sans tromperie, ni séduction. Il faut donc rechercher l'origine des relations. Sont-elles nées d'une promesse de mariage ? Dans ce cas le consentement n'est pas pleinement libre. Ou à la suite d'une séduction nettement caractérisée ? C'est alors que la question devient épineuse, car en cette matière il est humain de faire valoir ses talents et de tromper sur sa valeur. C'est pour cette raison que les tribunaux exigent, pour accorder des dommages et intérêts, que la séduction soit manifeste et constituée par des manœuvres qui ne donnent lieu à aucune équivoque sur les intentions du séducteur. La jurisprudence qui fournit d'ailleurs de rares applications de ce principe (7) est très stricte sur ce principe.

Faut-il donc admettre qu'en dehors des générosités purement volontaires et du concubinage né d'une tromperie caractérisée donnant droit à des dommages et intérêts, le préjudice et les nécessités alimentaires seront méconnues ? Cette solution serait injuste, car il existe de nombreuses situations dignes sinon d'intérêt du moins de pitié.

Mais ce sont là des cas d'espèce qu'il est impossible de prévoir.

(6) Cf. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité*, t. I, n° 227 ; JOSSERAND, *L'avènement du concubinat*, Chron. D. H., 1932, n° 13.

(7) Caen, 10 juin 1862, D. P., 62, 2, 129 ; civ., 26-7-64, D. P., 64, 1, 347 ; Montpellier, 5-2-22, G. P., 1923, 1, 478.

La jurisprudence refuse les dommages et intérêts en matière de corruption électorale, et plus précisément dans le cas d'un contrat passé librement par un cabaretier avec un candidat. Il y a lieu simplement à exécution partielle dans le sens indiqué plus haut.

Il faut donc constater que (sauf exception laissée à l'appréciation souveraine des juges) l'idée de consentement à la faute immorale empêche la demande en dommages et intérêts.

Cependant si un tribunal se trouvait dans l'impossibilité de statuer en équité, il ne devrait pas hésiter à faire appel à l'article 1382, même entre parties contractantes. Tel est le cas du consentement arraché par violence ou donné par erreur. M. Savatier y ajoute celui du délit civil ainsi que l'abus de droit et les intérêts usuraires. A notre connaissance, il n'en existe pas d'autre.

En règle générale, les dommages et intérêts ne sont donc employés par la jurisprudence que pour rectifier les rigueurs parfois injustes des textes ou des principes. Leur allocation doit donc être laissée à l'appréciation des tribunaux statuant en équité.

*
**

QUI EST COMPÉTENT POUR APPRÉCIER L'OBLIGATION D'EXÉCUTER OU DE S'ABSTENIR ?

Cette question est importante car l'exécution non valablement consentie pourrait être un nouveau motif d'annulation.

Pour être complet, il convient de rechercher par qui tout cet arsenal pourra être employé et mis en action.

L'administrateur pour autrui paie-t-il valablement quand il exécute une obligation immorale ?

Il peut toujours faire face de ses deniers personnels aux obligations immorales de celui qui administre. Mais est-il qualifié pour apprécier les devoirs moraux du mandant dans des questions de conscience ? M. Perreau (8) répond que l'objection disparaît pour le représentant légal (9).

En est-il de même pour le mandataire ? Tout dépend du mandat qui a été donné. En matière de contrat, il suffit de s'en rapporter au texte lui-même. En matière de gestion d'affaire, il semble que la prudence conseille au gérant de se faire couvrir par une autorisation spéciale. En effet, la décision à prendre dépend de faits que seule la conscience peut apprécier.

Un tiers pourra invoquer la nullité d'un contrat pour cause d'immoralité. « Tout intéressé pouvant invoquer les nullités de cette nature, c'est à bon droit qu'un arrêt décide que le notaire dépositaire pouvait s'en prévaloir pour faire tomber le dépôt qui n'était que la conséquence, l'accessoire d'un contrat nul » (Cf. G. P., table analytique, 2^e sem. 1935, Obligations n° 6).

(8) Cf. article rec. trim., droit civ., tome XII, année 1913, PERREAU p. 542.

(9) Grenoble, 8-2-1898, S., 1901, 1, 260 ; cas. rec., 30-7-1900, S., 1901, 1, 259 ; Toulouse, 26 mai 1918, 13 juillet 1909 ; req. 7 mars 1911 (précités).

CONCLUSION

1° Les tribunaux ne doivent pas refuser de statuer sur les conventions illicites ou immorales.

Les règles *Nemo auditur* et *In pari causa* sont inutiles à l'élaboration de solutions logiques et équitables.

L'article 1131 et ceux qui le complètent se suffisent à eux-mêmes et l'adage latin ne s'applique que pour empêcher un débiteur de refuser un paiement qu'il prétend immoral, dans le cas où ce paiement peut être demandé.

La jurisprudence est nettement orientée vers l'adoption de cette manière de voir.

2° Les tribunaux doivent connaître des causes immorales. Comment doivent-ils statuer ?

a) Tous les modes de preuve sont admis.

b) La Cour de cassation est compétente pour qualifier un fait et non pour l'établir.

c) L'idée directrice est l'impossibilité d'attribuer un effet quelconque à une obligation immorale, et de supprimer dans les limites de ce qui est « possible » et « équitable » les résultats déjà acquis.

Pour obtenir ce résultat, il faut partir du principe que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. En conséquence :

1° La répétition doit être ordonnée :

Si la contre-prestation n'est pas encore effectuée et que l'objet de la prestation est encore dans le patrimoine de l'*accipiens*.

Si la contre-prestation est effectuée, la répétition ne doit être accordée, dans les limites de l'immoralité :

Que s'il est possible de répéter la contre-prestation.

Et si elle subsiste dans le patrimoine de celui qui l'a reçue.

Elle sera refusée en cas d'obligation naturelle librement exécutée.

2° Au cas où la répétition ne peut être ordonnée, l'exécution doit être poursuivie, mais ne peut dépasser la stricte valeur de la prestation.

Si la contre-prestation n'est pas encore effectuée et que la prestation n'est plus dans le patrimoine de l'*accipiens* (fourniture consommée) — paiement de la stricte valeur.

Si la contre-prestation ne peut être répétée pour toute autre cause.

L'obligation peut être poursuivie en cas d'obligation naturelle valablement novée, étant précisé que l'obligation imparfaite ne doit pas être novée.

L'exécution peut être valablement « consentie » en cas d'obligation naturelle ou imparfaite.

3° Au cas où aucun procédé ne peut donner satisfaction, les tribunaux sont juges de l'opportunité des dommages et intérêts, soit envers les tiers, soit dans certains cas entre parties contractantes.

L'idée de faute prend chaque jour une place plus importante dans le droit français, et toutes les solutions indiquées plus haut se rapprochent de ce point de vue. Chacun doit supporter les conséquences de ses actes, et c'est aux tribunaux qu'il appartient de trier ce qui, dans chaque contrat, est contraire à la morale.

Vu. *Le Président :*
H. SOLUS.

Vu. *Le Doyen :*
ALLIX.

Vu et permis d'imprimer.

Le Recteur de l'Université de Paris :
ROUSSI.

BIBLIOGRAPHIE

I

CAPITANT. — De la cause des obligations, 8^e éd. Précis de droit civil.

PLANIOI et RIPERT. — Traité de droit civil (les obligations : Esmein Radouant-Gabolde) notamment caractère licite de l'objet T. VI, p. 302 à 341. Notion de cause, t. VI, p. 341 et suivantes. Cause illicite, t. VI, p. 380 et suivantes. Règle *Nemo auditur*, t. VII, p. 36 à 41. Enrichissement sur cause, t. VII, p. 45 et suivantes. Obligations naturelles, t. VII, p. 284 et suivantes.

RIPERT. — La règle morale dans les obligations civiles, 2^e éd. 1907.

BARTIN. — Des conditions contraires aux bonnes mœurs.

SAVATIER. — Effets et sanctions du devoir moral, thèse Poitiers 1916.

SAVEY CASSARD. — Le refus d'action pour cause d'indignité (Librairie générale de droit et jurisprudence 1930, thèse Lyon 1930).

BAUDRY LACANTINERIE et BARDE. — Droit civil (4^e vol.) « des obligations » 3^e éd.

AUBRY et RAUL. — Droit civil (obligation).

WAGNER. — Thèse Paris 1900, nullité de la cause illicite.

TZARONOL. — (Thèse Paris 1926) la règle *Nemo auditur*.

II

Articles MESTRE. — Morale et obligations civiles.

— PERREAU. — Les obligations de conscience devant les tribunaux. Rev. trim. DC, 7-12-1913.

Articles RIPERT et TESSIÈRE. — Essai d'une théorie juridique de l'enrichissement sans cause. Rev. trim. DC. 1904, p. 727.

— ROUAST. — La cause des obligations. Rev. trim. DC. 1923.

— PLANIOL. — Assimilation progressive de l'obligation naturelle et du devoir moral. Rev. crit. législation et jurisprudence 1913, p. 152.

— KAYSER. — Rev. trim. de DC. 1933, p. 1115. Les nullités d'ordre public.

— ESMEIN. — Problème de l'union libre. Rev. trim. DC. 1935, p. 747.

— Jurisprudence du tribunal fédéral suisse. Rev. gén. 1934, p. 891.

— Droit à indemnité des concubins. Rev. trim. DC. 1937, p. 109 (Demogue).

III

Notes APPERT. — S., 1896, 1, 290.

— NAQUET. — S., 1913, 1, 296.

— CAPITANT. — Dal., 33, 1, 26, sous Cas. crim. 19-7-1929.

— ESMEIN. — S., 1931, 1, 49, sous Cas., 4-12-29.

— DUBOIS. — S., 74, 1, 241.

— MEYNIAL. — S., 90, 2, 97.

— SAVATIER. — D., 1922, 2, 34. — D. P., 1927, 1, 113.

